

# پژوهشهای حقوقی

شماره ۷

هزار و سیصد و هشتاد و چهار - نیمسال اول

## مقالات

- قرار جلب اروپایی و تأثیر آن بر حقوق استرداد مجرمین در اتحادیه اروپا
- بزه دیده شناسی حمایتی در پرتو «اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت»
- تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت
- مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی
- مداخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران
- حاکمیت قانون اساسی و وظیفه قضات در حقوق جمهوری اسلامی ایران

## موضوع ویژه: جنبه‌های مختلف حقوق بانکی

- ابعاد حقوقی بانکداری اینترنتی
- نقد و بررسی نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در خصوص سپرده‌های سرمایه‌گذاری
- لازم‌الاجرا بودن قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی در هاله‌ای از ابهام
- حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی
- عقد اجاره به شرط تملیک و موانع گسترش آن در نظام بانکی ایران

## نقد و معرفی

- کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و حقوقدانان ایرانی





## نقد و بررسی نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در خصوص سپرده‌های سرمایه‌گذاری

دکتر سید الهام‌الدین شریفی\*

**چکیده:** شریعت اسلامی بر ساختار و عملکرد بانک‌های اسلامی مؤثر بوده و آنان را از پرداخت و دریافت سود ثابت یا بهره از قبل تعیین شده باز می‌دارد. در این بانک‌ها همانند بانک‌های ایرانی، ظاهراً نظام مشارکت در سود و زیان جایگزین نظام بهره می‌گردد. در اعطای تسهیلات و اخذ سود، به جای وام از عقود مشارکتی نظیر جعاله، اجاره به شرط تملیک و مشارکت استفاده می‌شود و در پرداخت سود به سپرده‌گذاران از نظریه وکالت بهره گرفته می‌شود. نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان علاوه بر اینکه صوری بوده و بر قصد طرفین منطبق نیست؛ آثاری بر آن مترتب است که مقصود طرفین نبوده و اعمال آنها در نظام عملی بانکی میسر نمی‌باشد.

**واژگان کلیدی:** نظریه وکالت، سپرده‌های بانکی، نظام مشارکت در سود و زیان

### ۱. مقدمه

نظام بانکداری سنتی (نظام رایج در دنیا) بر دو اصل کلی: ۱- پرداخت سود به صاحبان سپرده‌ها و دریافت سود از وام و تسهیلات اعطایی ۲- تضمین سپرده‌ها و تسهیلات (فقدان ریسک برای سپرده‌ها و تسهیلات) استوار است، در حالی که اعمال هر یک از دو اصل مذکور مطابق شریعت اسلامی، موجب ربوی تلقی شدن رابطه معاملاتی گردیده و حرام است. بر این اساس پس از وقوع انقلاب اسلامی تلاش‌هایی در جهت تغییر ساختار نظام بانکی آغاز شد و سعی گردید که نهادهای رایج در بانکداری دنیا کنار گذاشته شود و نهادهای جدید برای تنظیم رابطه بانک‌ها با مشتریان (خواه در جهت

\* استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، وکیل پایه یک دادگستری

قبول سپرده و خواه در جهت اعطای تسهیلات) ایجاد شود.<sup>۱</sup> در این راستا قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید. در قانون مزبور مفهوم شناخته شده بهره بانکی کنار گذاشته شده و سود مبتنی بر عقود اسلامی از قبیل مضاربه، مشارکت مدنی و حقوقی، اجاره به شرط تملیک و جعاله جایگزین آن گردید. برای توجیه سود پرداختی به سپرده‌های مشتریان نیز به نظریه وکالت بانکها از مشتریان توسل جسته شد. نظریه وکالت بانکها از مشتریان در بکارگیری سپرده، استرداد آن و سود حاصله، علاوه بر اینکه واقعی نبوده و بر قصد طرفین مبتنی نیست، آثاری بر آن مترتب است که هرگز مقصود طرفین نبوده و به آن پای‌بند نمی‌باشند. در این نوشته ابتدا مفهوم حقوقی نظریه وکالت و جایگاه آن در قوانین موضوعه بررسی خواهد شد سپس ماهیت سپرده‌های سرمایه‌گذاری و عدم تحقق وکالت در رابطه بانک و سپرده‌گذاران به لحاظ فقدان قصد، تبیین خواهد شد. بخش آخر نیز به خلاءهای حقوقی نظریه وکالت بانکها از مشتریان اختصاص خواهد یافت.

## ۲. نظریه وکالت بانکها از مشتریان

### ۲-۱. مفهوم نظریه

پس از وقوع انقلاب اسلامی و ملزم شدن حکومت به رعایت کامل قوانین اسلامی به موجب قانون اساسی کشور، طبیعی بود که در نظام بانکداری تحولاتی به وجود آید و بهره ثابت بانکی که بر اساس تعاریف ارائه شده در فقه، ربا<sup>۲</sup> محسوب می‌شد؛ از نظام بانکی حذف و یا حداقل به نحوی تغییر عنوان یابد که با تعاریف به عمل آمده از ربا منطبق نگردد. این امر با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ و با تأکید بر ممنوعیت بانکها از انجام عملیات بانکی ربوی (ماده ۲۱) ظاهراً محقق گردید.

<sup>۱</sup> تأسیس اولین بانک اسلامی که نظام بهره ثابت در آن مطرح نباشد، به حدود سی و پنج سال پیش در کشور مصر برمی‌گردد. ادعا بر این بوده است که بانک مذکور بر نظام مشارکت در سود و زیان (Profit-lost sharing system) به جای بهره ثابت استوار است. برای اطلاعات بیشتر نک:

Khan (M) and Mirakhor (A), The Financial system and monetary Policy in an Islamic Economy, *Journal of Islamic Economics* (King Abdul Aziz university), Vol. 1, 1989.

<sup>۲</sup> در عقد قرض شرط پرداخت هر نوع مالی مازاد بر اصل مبلغ وام و قرض ربا تلقی شده باطل است، خواه مقدار اضافه از جنس موضوع قرض باشد و خواه از جنس دیگر (شیخ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۲۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ص ۳۷ و ۳۸).

بدیهی است که نظام بانکی که سود به مشتریان خود پرداخت ننماید، جذابیتی برای مردم جهت سپردن وجوه خود به بانک نخواهد داشت. لذا طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا، در کنار ممنوع نمودن عملیات بانکی ربوی، در صدد برآمدن تا راهی برای پرداخت سود به سپرده‌ها در قالب یکی از عقود اسلامی بیابند. نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در استفاده از سپرده‌های آنان، ظاهراً راه‌حلی بود که با اصول اسلامی سازگاری داشت.

استفاده از نظریه وکالت جهت توجیه سودپرداختی به سپرده‌گذاران، ابتکار تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون عملیات بانکی بدون ربا نبوده بلکه ایده اصلی آن به آیه‌الله محمدباقر صدر تعلق دارد. ایشان نظریه وکالت را با هدف توجیه بهره‌دریافتی بانک‌ها از مشتریان مطرح نموده‌اند<sup>۳</sup> و ظاهراً در صدد ایجاد مبنایی برای پرداخت سود به سپرده‌گذاران نبوده‌اند.

مطابق نظریه مزبور مشتریان در حین سپرده‌گذاری نزد بانک، به بانک وکالت (با حق توکیل غیر) می‌دهند که وجوه آنان را بکار انداخته و سود حاصله را پس از کسر حق‌الوکاله بانک، به آنان مسترد نماید. بنابراین مطابق نظریه مزبور: اولاً: وجوه سپرده شده در مالکیت سپرده‌گذار باقی می‌ماند و رابطه مالکیت قطع نمی‌گردد.

ثانیاً: وجوه سپرده شده، همانند تمام اموالی که در راستای انجام مورد وکالت، در اختیار وکیل (بانک) قرار می‌گیرد، حکم امانت را دارد.

ثالثاً: اصولاً سود و زیان حاصله متوجه صاحب سرمایه (سپرده‌گذار) بوده و بانک به عنوان امین جز در صورت تعدی یا تفریط، نباید در مقابل سپرده‌گذار مسئول باشد. رابعاً: سهم بانک از اقدامات انجام شده (اخذ سپرده‌ها از مشتریان و بکار گرفتن آنها با مشارکت با دیگران در قالب یکی از عقود اسلامی مثل مضاربه یا مشارکت) به دست آوردن حق‌الوکاله‌ای است که باید قبلاً بین طرفین (بانک و سپرده‌گذار) تعیین شده

<sup>۳</sup> بانک می‌تواند خویش را وکیل صاحبان سپرده در قرض دادن بدانند، پس وقتی از سپرده‌های موجود نزد خود قرض می‌دهد، مالکیت صاحبان سپرده‌ها محفوظ می‌ماند و بانک به اعتبار صاحب اختیار بودن در قرض دادن آنها، به این عمل اقدام می‌کند. بنابراین طلبکار و قرض دهنده در واقع صاحب سپرده است نه بانک. بانک فقط وکیل قرض دهنده است تا به نحوی که شایسته می‌داند، پول را قرض دهد. در این حالت بانک می‌تواند ضمن عقد قرض به مقتضی شرط کند که موقع بازپرداخت پول، اضافه‌ای بپردازد، اما نه به مقرر بلکه به خود بانک، این اضافه ربا نیست. زیرا ربا اضافه‌ایست که مقرر بر مقتضی شرط می‌کند که موقع بازپرداخت پول به وی بدهد. آیه‌الله محمدباقر صدر، **بانک اسلامی**، ج ۱، تهران، الفتح، بی تا، ص ۱۲۲.

باشد و در صورت عدم تعیین حق الوکاله، صرفاً استحقاق اجرت‌المثل را خواهد داشت. در نظام بانکی مبتنی بر نظریه وکالت، بانک دیگر نقش مستقلی در تجهیز و تخصیص وجوه و اعتبارات بر عهده ندارد، بلکه بانک به عنوان واسطه سرمایه‌دهنده و گیرنده سرمایه عمل می‌نماید.

بدین ترتیب ماهیت حقوقی سپرده‌گذاری در نظام بانکداری ایران را با توجه به طراحی رابطه وکالت بانک‌ها از مشتریان در استفاده از وجوه سپرده شده، باید به عقد ودیعه با شرط وکالت نزدیک دانست و برای آن ماهیت خاص و لازمی قائل نشد.<sup>۴</sup>

## ۲-۲. نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در قوانین موضوعه

اولین و مهمترین نص قانونی که نظریه وکالت را در تنظیم رابطه بانک با سپرده‌گذاران مطرح ساخت تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا بود. مطابق تبصره مزبور: «سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار که بانک در بکار گرفتن آنها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار می‌گیرد». هدف از این تبصره که ستون اصلی چادر برافراشته شده از سوی نویسندگان این قانون است، چیست؟ چون بانک‌ها در برابر پذیرش سپرده‌ها، لزوماً و ضرورتاً باید بهره بدهند و این بهره ربا دانسته شده است، بنابراین عنوان «سپرده - بهره» که پایه کار هر بانک بازرگانی است کنار گذاشته شده و عنوان «سپرده - وکالت - سود» جایگزین آن گردیده است.<sup>۵</sup>

طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا با استفاده از ایده وکالت محمدباقر صدر<sup>۶</sup> و واسطه قرار دادن بانک بین سپرده‌گذاران و گیرندگان تسهیلات، ظاهراً موفق به ایجاد یک نظام غیرربوی شده‌اند، بدون اینکه به سایر آثار مترتبه بر وکالت بانک‌ها از سپرده‌گذاران که قابلیت اعمال در نظام بانکی را نداشته و بعضاً برای سپرده‌گذاران غیرقابل قبول است، توجه نمایند.

<sup>۴</sup> برای مطالعه در خصوص ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی نک: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴، ص ۷۶-۷۲؛ دکتر محمود کاشانی، «بررسی حقوقی چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا»، در مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۶.

<sup>۵</sup> دکتر محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۰۳.

<sup>۶</sup> محمدباقر صدر، پیشین، ص ۱۲۲ و ۱۵۱.

با توجه به وکیل تلقی شدن بانک‌ها در خصوص سپرده‌ها و عدم انتقال مالکیت وجوه و سپرده‌ها به بانک، باید در سرمایه‌گذاری‌های انجام شده، سپرده‌گذاران اصیل و مالک تلقی شوند. در این راستا ماده ۲۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۳ و ماده ۸ آئین‌نامه فصل پنجم قانون مزبور مصوب ۱۳۶۳/۱۲/۱۷ صراحتاً مقرر داشته‌اند که شرکت‌ها یا واحدهایی که بانک‌ها به نحوی از انحا در آنها سرمایه‌گذاری یا مشارکت می‌نمایند، به سبب سرمایه‌گذاری یا مشارکت بانک‌ها، دولتی تلقی نمی‌شوند. برای این اساس تبصره ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ مقرر داشته است که شرکت‌هایی که از طریق مضاربه، مزارعه و امثال اینها و به منظور بکار انداختن سپرده‌های اشخاص نزد بانک‌ها، مؤسسات اعتباری و شرکت‌های بیمه ایجاد شده یا می‌شوند، از نظر این قانون شرکت دولتی تلقی نمی‌شوند. دولتی تلقی نشدن شرکت‌های مزبور صرفاً بر اساس نظریه وکالت و باقی ماندن مالکیت سپرده‌گذاران نسبت به سپرده‌ها، قابل قبول و توجیه است.

### ۳. صوری و غیرواقعی بودن رابطه وکالت

سپرده‌گذاری در بانک‌ها بر اساس قراردادهایی که متضمن تعهدات متعددی برای طرفین است انجام می‌گیرد. در تنظیم و امضای اینگونه قراردادها و مآلاً تحویل وجوه از جانب مشتری به بانک، طرفین قطعاً قصد ایجاد رابطه وکالت صرف را ندارند، بلکه در صدد انعقاد قرارداد و ایجاد رابطه هستند که به موجب آن مشتری وجوهی را به بانک تملیک می‌نماید، در ازای حداقل مقدار معین سود سالانه که بانک باید به مشتری بپردازد و اعطای وکالت از جانب مشتری به بانک یکی از شروط فرعی این قرارداد است. بر این اساس ابتدا باید ماهیت حقوقی قراردادهای سپرده‌گذاری و سپس صحت و بطلان عقد وکالت تبیین شود.

#### ۳-۱. ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی

ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی در نظام حقوقی ایران علی‌رغم تصریح تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا بر وکیل بودن بانک از جانب سپرده‌گذاران در بکار انداختن سپرده‌های آنان، با توجه به رابطه ویژه‌ای که قراردادهای سپرده سرمایه‌گذاری ایجاد می‌نمایند و وجوه به تملک بانک در می‌آید و بانک حداقل سود پرداختی را تعهد می‌نماید، به روشنی معلوم نیست.

نویسنده کتاب حقوق بانکی از یک طرف بانک‌ها را با قبول سپرده‌ها طبق قراردادهای سپرده‌گذاری وکیل و امین سپرده‌گذاران تلقی می‌نماید و بر اساس وکالت اعطایی بانک را مجاز در بکارگیری سپرده‌ها در معاملات مجاز بانکی قرار می‌دهد. لذا نتیجه می‌گیرد که رابطه حقوقی بین بانک و مشتری بر اساس عقد وکالت برقرار می‌شود.<sup>۷</sup> از طرف دیگر قرارداد سپرده سرمایه‌گذاری بین بانک و مشتری را به لحاظ اینکه متضمن عقد و تعهدات متعددی است و مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین‌نامه و دستورالعمل اجرایی آن منعقد می‌شود، قرارداد خاص و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی معرفی می‌نماید.<sup>۸</sup>

این دوگانگی آرا در بین نویسندگان حقوق مدنی و حقوق بانکی ناشی از این امر است که طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا، خواسته‌اند که یک رابطه حقوقی بسیار پیچیده را به یک رابطه ساده وکالتی تعبیر نمایند. «بیگمان نیابت در این راه یکی از عوامل و عناصر رابطه حقوقی است، لیکن جنبه فرعی و تبعی دارد».<sup>۹</sup> آنچه اساس رابطه بانک و مشتری را تشکیل می‌دهد، تملیک و جوهی از جانب مشتری به بانک در ازای حداقل مقدار معینی سود است، در این رابطه حقوقی یک شرط ضمن عقد فرعی و تبعی مبنی بر اعطای وکالت به بانک در بکارگیری جوه نیز دیده می‌شود که مقصود واقعی طرفین نیز نیست.

آیا می‌توان ماهیت حقوقی سپرده‌گذاری‌های بانکی را ودیعه (امانت) برخلاف قاعده<sup>۱۰</sup> تلقی نمود<sup>۱۱</sup>، تا وکالت طراحی شده در تبصره ماده ۳ قابلیت پذیرش بهتری داشته باشد. ماهیت این قرارداد دور از ودیعه به نظر می‌رسد، زیرا در ودیعه نگهداری عین مال و استرداد آن به مودع دو وصف اساسی عقد ودیعه است که در قراردادهای سپرده سرمایه‌گذاری هیچ‌یک از این دو وصف دیده نمی‌شود.<sup>۱۲</sup> به نظر می‌رسد که با توجه به تملیک جوه به بانک و تصرف بالاصاله و آزادانه

<sup>۷</sup> محمد رضا خاوری، حقوق بانکی، تهران، مؤسسه بانکداری ایران، ۱۳۷۱، ص ۱۹۶.

<sup>۸</sup> همان، ص ۱۹۷.

<sup>۹</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۷۲.

<sup>۱۰</sup> ودیعه را زمانی برخلاف قاعده می‌نامند که طرفین توافق کنند که به لحاظ مثلی بودن مورد امانت، مال مورد امانت به امین تملیک گردد و در هنگام مطالبه مودع، امین مثل آن را مسترد نماید. در این امانت، امین مالک می‌شود، بهره‌برداری می‌نماید و ریسک کالا نیز بر عهده خود اوست. با این حال علی‌رغم اینکه امین باید مثل را مسترد نماید، موجب زوال وصف ودیعه نمی‌شود.

<sup>۱۱</sup> دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۴، ص ۱۷۸.

<sup>۱۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۷۳.

بانک در آنها، شباهت فراوانی بین قراردادهای سپرده سرمایه‌گذاری با عقد قرض وجود دارد. در نظام‌های حقوقی انگلیس و امریکا نیز به نظر می‌رسد که تنظیم روابط بانک و سپرده‌گذار بر مبنای رابطه بدهکار و بستانکار، به نوعی پذیرش ماهیت قرض برای رابطه مزبور است.<sup>۱۳</sup>

البته حکم بیان شده در تبصره ماده ۳ مبنی بر اینکه بانک در بکار گرفتن سپرده‌ها وکیل است، با وصف تملیکی بودن عقد قرض منافات دارد. مفاد حکم قانون‌گذار حاکی از آن است که در اصل وجود رابطه حقوقی بانک و سپرده‌گذار، نوعی از نیابت و امانت نهفته است که باید آن را توصیف کرد<sup>۱۴</sup>، حال آنکه این نیابت و امانت ادعایی هرگز مقصود طرفین نبوده و هرگز رابطه خود را بر آن استوار ننموده‌اند.

به نظر می‌رسد که اگر طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا، برای فرار از مسأله ربا و بهره از نظریه مشارکت مدنی به جای وکالت استناد می‌کردند، نظریه مزبور با توجه ضرورت‌ها و رویه‌های بانکی قابلیت پذیرش بیشتری می‌داشت. مطابق نظریه مزبور هر سپرده‌گذار در ازای تملیک وجوه خویش، تعدادی از سهام موقت بانک را خریداری می‌نمود و سهام مزبور برحسب مقدار و مدت آن، بازدهی معینی را به بار می‌آورد که به سپرده‌گذار پرداخت می‌شد.<sup>۱۵</sup>

### ۲-۳. عدم تحقق وکالت

قانون هرگز ایجاد کننده عقد یا ایقاع یا سازنده رابطه حقوقی نیست، بلکه قانون برای هر یک از انواع روابط حقوقی مورد نیاز جامعه، الگوی خاصی وضع کرده و برای آن آثار مناسبی شناخته است که ما این الگو را ماهیت حقوقی می‌نامیم. این اشخاص هستند که به تناسب نیازهای حقوقی خود در روابط اجتماعی ماهیت حقوقی خاصی را برگزیده و آن را در عالم اعتبار به اراده و قصد خویش انشا کرده و آن را سرمشق و حاکم بر روابط خود قرار می‌دهند.<sup>۱۶</sup> با توجه به اینکه یک رابطه حقوقی معلول قصد انشای طرفین است، آیا در قراردادهای سپرده سرمایه‌گذاری طرفین (بانک و سپرده‌گذار) قصد ایجاد رابطه وکالت را دارند؟ آیا ممکن است طرفین قصد ایجاد رابطه‌ای را داشته باشند

<sup>۱۳</sup> دکتر محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۰۶.

<sup>۱۴</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۷۵.

<sup>۱۵</sup> دکتر سیدحسن مهدوی نجم‌آبادی، «بانکداری اسلامی نمونه»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ششمین

سمینار بانکداری اسلامی، تهران، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۴، ص ۷۹.

<sup>۱۶</sup> دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۰، ص ۱۳۳.



که آثار آن با اصل سپرده‌گذاری سازگاری نداشته باشد؟ مطابق قراردادهای سپرده‌گذاری و رویه جاریه بانکی، سپرده‌گذار وجوه خویش را به بانک تملیک می‌کند، در حالی که وکالت اقتضا دارد که وجوه در مالکیت سپرده‌گذار باقی بماند و بانک صرفاً به نیابت از سپرده‌گذار وجوه او را بکار گیرد. اساساً این دو وضعیت تملیک (ناشی از سپرده‌گذاری) و وکالت در یک رابطه حقوقی واحد قابل جمع نیست و لذا توسط طرفین در رابطه واحد قابل قصد نخواهد بود. آنچه عرف از سپرده‌گذاری مورد نظر دارد، تملیک وجوه به بانک در ازای حداقل سود معینی است و غالباً سپرده‌گذاران از وکالت مطلع نبوده و آن را قصد نمی‌نمایند.

ظاهراً وکالت بانک‌ها از سپرده‌گذاران مفروض قانون‌گذار است که به صورت غیرواقعی و صوری در قراردادهای سپرده‌گذاری گنجانده می‌شود و به لحاظ تعارض با ماهیت سپرده‌گذاری مقصود طرفین، هرگز مورد قصد طرفین قرار نمی‌گیرد. در حالی که برای به وجود آمدن یک موجود اعتباری، باید قصد انشای آن به نحو قصد نتیجه (قصد ایجاد مدلول عقد در عالم خارج) محقق گردد و صرف قصد لفظ و حتی قصد معنا برای به وجود آمدن آن کفایت نمی‌نماید.<sup>۱۷</sup>

توصیف تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا از ماهیت سپرده‌گذاری بانکی و تصریح به اینکه بانک وکیل در بکار گرفتن سپرده‌های مردم است، غیرحقیقی و برخلاف یک واقعیت حقوقی آشکار است. هیچ قانونی نمی‌تواند واقعیت‌های قراردادی و روابط موجود میان اشخاص را دگرگون ساخته و قلب واقعیت کند و یا آن را به میل خود مورد توصیف کاذب قرار دهد. این امر مثل آن است که ازدواج به بیع توصیف شود. روشن است که اینگونه قانون‌گذاری هیچ سودی در بر ندارد و نمی‌تواند جای هم برای خود میان مردم باز کند و در روابط قراردادی مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد. ثمره اینگونه قانون‌گذاری قطع رابطه قانون و جامعه است. مردم به دنبال نیازهای خود و واقعیت‌ها به روابط قراردادی خود ادامه می‌دهند و چنین قانونی مهجور واقع شده یا هرگز به مرحله اجرا در نمی‌آید.<sup>۱۸</sup>

مخصوصاً در یک نظام حقوق مذهبی که مدعی در هم آمیختگی دین و دنیای مردم است، نمی‌توان به صرف ظاهر، نیت و مقصود مردم را نادیده گرفت و برمبنای ظاهر و

<sup>۱۷</sup> برای مطالعات بیشتر در خصوص قصد انشا نک: سیدالهام‌الدین شریفی، «قصد انشا در معاملات»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲، صص ۲۷-۳۱.

<sup>۱۸</sup> دکتر محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۱۰.

الفاظ مقصودی را برای آنها مورد شناسایی قرار داد. به طور کلی به نظر می‌رسد که وکالت مفروض قانون‌گذار در تبصره ماده ۳، علی‌رغم اینکه به صورت شرط ضمن قرارداد سپرده‌گذاری به آن تصریح می‌شود، به لحاظ ناسازگاری با ماهیت سپرده سرمایه‌گذاری مورد نظر طرفین، صوری بوده و مقصود طرفین قرار نمی‌گیرد. بدین لحاظ نیز هیچ‌یک از طرفین خود را به آثار وکالت ملتزم نمی‌دانند.

#### ۴. خلاءهای حقوقی نظریه وکالت در تنظیم رابطه بانک با سپرده‌گذاران

ناسازگاری آثار عقد وکالت با مفهوم رایج سپرده‌گذاری، نامأنوس بودن آن در امر سرمایه‌گذاری بانک‌ها، مشخص نبودن شیوه بکارگیری وجوه هر سپرده‌گذار و متنوع بودن منابع بانک از جهت ماهیت حقوقی و غیرقابل تفکیک بودن وجوه و برخی عوامل دیگر، سبب می‌گردد که وکالت در معاملات و روابط بانکی خلاءهایی را ایجاد و بعضاً، پیچیدگی‌هایی به وجود آورد.

#### ۴-۱. عدم تملیک وجوه سپرده‌گذاری به بانک

نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان اقتضا دارد که وجوه حاصل از سپرده‌های سرمایه‌گذاری به بانک تملیک نگردیده و در مالکیت سپرده‌گذاران باقی بماند. به عبارت دیگر قبول نظریه وکالت در سپرده‌گذاری‌ها، اقتضا دارد که وجوه هر یک از سپرده‌ها از هم تفکیک گردیده و برای امکان محاسبه سود حاصله واقعی و ارائه حساب دوره‌تصدی، شیوه کار و محل بکارگیری هر یک از وجوه معلوم باشد، در حالی که در سپرده‌های سرمایه‌گذاری، سپرده‌گذار قصد انتخاب وکیل و به امانت دادن وجوه خویش جهت بکارگیری را ندارد. بلکه سپرده‌گذار ایرانی هم مانند سپرده‌گذاران غالب نظام‌های بانکی در صدد تملیک وجوه به بانک در ازای حداقل سود معینی است. بانک نیز به قصد تملک وجوه را در اختیار گرفته و بدون نیاز به تفکیک وجوه و محل بکارگیری آنها، وجوه ناشی از سپرده‌های سرمایه‌گذاری را در هم آمیخته و هر تصرفی را که مایل است در سپرده‌ها به عنوان اصیل می‌نماید.

اجرای عملی نظریه وکالت که مستلزم عدم مالکیت بانک نسبت به وجوه سپرده‌هاست، در عمل پیچیدگی‌هایی را ایجاد خواهد نمود که موجب اختلال در روند فعالیت بانک‌ها خواهد شد زیرا بانک به عنوان وکیل موظف خواهد بود که وجوه را به

تفکیک نگهداری و برای هر کدام حساب جداگانه‌ای اختصاص داده و محل بکارگیری و سود حاصله هر یک را جداگانه محاسبه نماید. در حالی که این امر در بانک‌ها با میلیون‌ها سپرده‌گذار عادتاً ممکن نخواهد بود.

#### ۲-۴. تحمیل زیان به سپرده‌گذار

اگر سمت بانک نسبت به سپرده‌های سرمایه‌گذاری حقیقتاً وکالت باشد، بر پایه اصول مسلم فقهی و حقوقی، بانک وکیل این سپرده‌گذاران تلقی و جز در صورت تقصیر (تعدی یا تفریط) هیچ مسؤولیتی در قبال سپرده‌گذاران نخواهد داشت، حتی اگر دچار زیان یا ورشکستگی شده و سپرده‌ها را از دست دهد.<sup>۱۹</sup>

مطابق قواعد حقوقی و فقهی وکیل، امین تلقی می‌شود و امین جز در صورت تعدی یا تفریط هیچ‌گونه مسؤولیتی نسبت به مال مورد امانت ندارد.<sup>۲۰</sup> مشارکت در زیان در کنار مشارکت در سود بانکی از اوصاف اساسی بانکداری اسلامی برشمرده شده است. در نظام بانکداری سنتی<sup>۲۱</sup> تضمین اصل سپرده‌ها یکی از پایه‌های اساسی بانکداری تلقی می‌شده، در حالی که در مقابل بانکداری اسلامی به نظام مشارکت در سود و زیان مشهور است.<sup>۲۲</sup>

مسلم است که اگر قاعده مشارکت در زیان نسبت به سپرده‌گذاران اجرا گردد، مردم اعتماد خود را نسبت به بانک‌ها از دست می‌دهند. بدین لحاظ قانون‌گذار در ماده ۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص سپرده‌ها از اصول وکالت دست کشیده و بانک را در وضعیتی قرار داده که متعهد اصل سپرده باشد. در واقع تعهد بانک به استرداد اصل سپرده‌ها که در ذیل ماده ۴ پیشنهاد شده است را باید بازگشت جدی از فکر وکالت دانست.<sup>۲۳</sup>

ضامن تلقی شدن شخصی که امین محسوب می‌شود، مانند وکیل؛ با توجه به ماده ۵۵۹ قانون مدنی که به تبعیت از نظر مشهور فقها بیان شده است، ممنوع بوده و شرط

<sup>۱۹</sup> سید عباس موسویان، «بررسی فقهی - اقتصادی بازار ثانوی سپرده‌های مدت‌دار در بانکداری بدون ربا»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات نهمین سمینار بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۷، ص ۲۶۶.

<sup>۲۰</sup> شیخ محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۷، ص ۱۲۹؛ دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴.

<sup>۲۱</sup> Conventional

<sup>۲۲</sup> Iqbal Zamir, "Scope of Asset securitization in Islamic Finance", *Journal of Islamic Banking and Finance*, Oct-Dec, 1997.

<sup>۲۳</sup> دکتر محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۱۱.

تحمیل زیان به امین (وکیل) باطل است.<sup>۲۴</sup>

بنابراین از دیدگاه حقوقی وکیل تلقی شدن بانک‌ها از یک طرف و مسؤول و ضامن سپرده‌ها تلقی کردن آنان از طرف دیگر در قانون عملیات بانکی بدون ربا، خود با چالش‌های حقوقی عمیقی روبه‌روست.

### ۳-۴. معلوم نبودن وضعیت سود و زیان

وکالت اقتضا دارد که هیچ مقدار معینی از سود یا زیان در هنگام انعقاد عقد یا پس از آن و قبل از محاسبه سود یا زیان سرمایه‌گذاری تعیین نگردد. تعیین سود حداقل تحت عنوان سود علی‌الحساب برحسب مدت سپرده سرمایه‌گذاری، با وکالت ادعایی سازگاری ندارد. از طرف دیگر عدم تعیین یک حداقل سود برای سپرده‌گذاری‌ها، موجب عدم استقبال مردم از بانک‌ها می‌گردد.

تعیین مقدار معینی سود برای سپرده‌گذاری‌ها برحسب نوع سپرده‌گذاری از سوی مجمع عمومی بانک‌ها، خود گویای آن است که نظریه وکالت و نظام مشارکت در سود و زیان جز یک پوشش ظاهری نبوده و بانک‌های ایران نیز همانند همه بانک‌های سستی بدون توجه به سود و زیان هر سپرده، صرفاً بر اساس سیاست‌های کلی خود اقدام به تعیین نرخ سود می‌نمایند. مخصوصاً سیاست‌های بکار گرفته شده در قوانین پنج‌ساله کشور و قانون اخیر الزام دولت به کاهش نرخ سود بانکی، خود گویای آن است که واقعاً یک نظام بانکی مشارکتی (مشارکت در سود و زیان توسط سپرده‌گذار) وجود واقعی نداشته و مقدار نرخ سود برحسب سیاست‌های کلی مملکتی، نرخ تورم و سایر مسائل تعیین می‌شود.

تعیین رقم‌های ثابت و جداگانه برای همه سپرده‌ها برحسب مدت آنها برای همه بانک‌ها برای چندین سال پیاپی و به گونه یکنواخت چیزی جز بهره بانکی نمی‌تواند باشد ولو اینکه نام آن سود یا عنوان دیگری گذارده شود. اصولاً تغییر عنوان هیچ دگرگونی در ماهیت تعهدات بانک‌ها در برابر سپرده‌گذاران و حقوق بانک‌ها نسبت به سپرده‌ها به وجود نمی‌آورد.<sup>۲۵</sup> در قراردادهای منعقد همواره سود بر مبنای مدت زمان سپرده‌گذاری تعیین می‌شود و شورای پول و اعتبار هم حداقل آن را تصویب و اعلام می‌کند. اینگونه عملکرد در واقع به روشنی مبین نرخ‌های از قبل تعیین شده است که از

<sup>۲۴</sup> شیخ محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۴۵۸.

<sup>۲۵</sup> دکتر محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۱۸.

لحاظ انطباق با مفاهیم فقهی دارای اشکال است.<sup>۲۶</sup>

در نظام‌های بانکداری سنتی، مدت سپرده‌گذاری، یکی از عوامل اصلی محاسبه بهره است. ولی در نظامی که بانک صرفاً وکیل سپرده‌گذاران است، چرا باید مدت در تعیین سود، آن هم از قبل، مؤثر بوده باشد. در حالی که برای بانک (وکیل) که واسطه بین سپرده‌گذار و گیرنده تسهیلات است، نباید تفاوتی بین سود یک‌ساله حاصله از یک سپرده‌گذاری یک‌ساله و یک سپرده‌گذاری پنج‌ساله، داشته باشد. بانک باید سودهای حاصله را پس از کسر حق‌الوکاله خود به صاحبان سپرده مسترد نماید.

معیار بیان شده در ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مبنی بر اینکه منافع حاصله از عملیات مذکور در تبصره ۳ قانون، متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌گذاری و رعایت سهم منافع بانک و به نسبت مدت و مبلغ در کل وجوه بکار گرفته شده در این عملیات تقسیم خواهد شد، حاکی از ظاهری بودن نظریه وکالت است. زیرا اساساً وکیل نباید در سود حاصله سهمی تلقی گردد، بلکه وکیل (بانک) صرفاً استحقاق حق‌الوکاله مقرر را خواهد داشت و در صورت عدم تعیین، استحقاق اجرت‌المثل را خواهد داشت. به عبارت دیگر اگر نظریه وکالت واقعی باشد، باید در قراردادهای سپرده سرمایه‌گذاری حق‌الوکاله وکیل تعیین گردد و سودهای حاصله پس از کسر حق‌الوکاله کلاً به اصیل (سپرده‌گذار) تعلق گیرد.

«اصولاً چنین سود و زیانی که ملاک محاسبه نرخ سود سپرده‌گذاران باشد، در کل مجموعه بانک‌ها صورت نمی‌گیرد»<sup>۲۷</sup>.

اگر سود واقعی انواع عقود بین سپرده‌گذاران به نسبت سپرده تقسیم می‌شود، چرا صحبت از افزایش سود سپرده‌هاست؟ مگر میزان سود هزاران عقدی که توسط بانک‌ها منعقد شده، در اختیار بانک است که اختیار کاهش یا افزایش آن را داشته باشد؟ همچنین چرا افزایش سود سپرده‌ها را موجب تورم بیشتر می‌دانند؟ مگر قرار نیست سود حاصل بین سپرده‌گذاران پس از کسر هزینه‌ها و حق‌الوکاله بانک تقسیم شود.<sup>۲۸</sup> آیا این مسائل حاکی از آن نیست که بانک‌های ایرانی نیز مانند بانک‌های سنتی از سپرده‌گذاران وام

<sup>۲۶</sup> دکتر مرتضی عمادزاده، «تحلیلی نظری بر نظام بانکداری اسلامی»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات پنجمین سمینار بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۳، ص ۳۸۸.

<sup>۲۷</sup> دکتر سیدابوالفضل دلگندی، «بررسی ساختارهای مالی و حسابداری عملیات بانکی بدون ربا»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۶، ص ۲۸۰.

<sup>۲۸</sup> دکتر ایرج توتونچیان، «ارزیابی پایه‌های نظری عملکرد بانکداری بدون ربا»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات ششمین سمینار بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۴، ص ۱۱۰.

دریافت کرده و سود از پیش تعیین شده‌ای به آنان می‌پردازند؟

#### ۴-۴. وجوه پرداختی به سپرده‌گذاران نباید به عنوان هزینه بانک تلقی گردد

در نظام‌های بانکی سنتی که بانک‌ها وام‌هایی را از سپرده‌گذاران دریافت و سود معینی به آنان پرداخت می‌کنند، سود پرداختی در حساب‌های بانک جزء هزینه بانک محسوب می‌گردد. در نظام بانکی مشارکتی که بانک صرفاً وکیل سپرده‌گذاران تلقی می‌شود و وجوه سپرده‌گذاری شده در مالکیت سپرده‌گذار می‌ماند و مآلاً سود حاصله به او تعلق دارد. این سودهای پرداختی نباید به عنوان هزینه بانک محسوب شوند. زیرا سود پرداختی استرداد منافع متعلق به سپرده‌گذار است و برای بانک هزینه نیست و نباید در سرفصل هزینه‌های عملیاتی بانک ثبت گردد.

از آنجایی که بانک وجوه سپرده‌گذاری شده را در مالکیت خود می‌داند و به عنوان اصیل آنها را بکار می‌گیرد و سود حاصله را متعلق به خود می‌داند، لذا سودهای پرداختی در سه فصل هزینه‌های عملیاتی بانک، مشابه شیوه بانکداری سنتی، ثبت می‌گردد.<sup>۲۹</sup>

این امر حاکی از عدم اعتقاد بانک به رابطه وکالت و آثار آن است.

#### ۵-۴. ارائه حساب دوره تصدی به سپرده‌گذار

نظریه وکالت اقتضا دارد که بانک (وکیل) همواره تحت دستورات و تعلیمات موکل (سپرده‌گذار) عمل نماید و از حدود اختیارات و دستورات موکل فراتر نرود. «در قرارداد وکالت، شخص موکل حق نظارت و کنترل اقدامات وکیل را دارد و این حق تا هنگامی که رابطه وکالت باقی است، ادامه دارد و بنابراین وکیل موظف است برخلاف راهنمایی‌های موکل کاری را انجام ندهد و حال آنکه سپرده‌گذاران هیچ‌یک نه به تنهایی و نه گروهی و نه حتی همه آنان حق نظارت و کنترل و یا دخالتی بر اقدامات و قراردادهای بانک با وام‌گیرندگان را ندارند».

مطابق ماده ۶۶۸ قانون مدنی، وکیل باید حساب دوره تصدی (مدت وکالت) خود را به موکل بدهد. در حالی که بانک‌ها برای خود تکلیفی در حساب پس دادن به سپرده‌گذاران قائل نیستند. چه بسا که به لحاظ محرمانه بودن بسیاری از فعالیت بانک‌ها، ارائه اقدامات و نحوه فعالیت و فهرست مشتریان، خود عامل نابودی و ورشکستگی

<sup>۲۹</sup> دکتر سیدابوالفضل دلقندی، پیشین، ص ۲۸۱.

بانک گردد. به عبارت دیگر صرف نظر از اینکه حساب پس دادن به میلیون‌ها سپرده‌گذار با ماهیت فعالیت بانکی (محرمانه بودن فعالیت بانک‌ها) سازگاری ندارد؛ بانک‌ها برای خود تکلیفی نیز در این زمینه احساس نمی‌کنند. زیرا حساب پس دادن در یک رابطه امانی مطرح است، در حالی که آنان خود را وکیل و امین نسبت به سپرده‌ها تلقی نمی‌کنند و به حق خود را مالک وجوه و امین می‌دانند.

### ۵. نتیجه

نظریه وکالت مطرح شده از سوی طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا برای تنظیم رابطه بانک با سپرده‌گذاران و توجیه سود پرداختی به آنان، علاوه بر اینکه در یک رابطه سپرده‌گذاری هرگز مقصود طرفین واقع نمی‌گردد و لذا در عالم اعتبار محقق نمی‌شود، دارای خلاءهای حقوقی و فقهی فراوانی بوده و از نظر حقوقی و فقهی برای تنظیم رابطه بانک، سپرده‌گذاران کفایت نمی‌نماید. مضاف بر آنکه از دیدگاه عملی نیز بسیاری از قواعد وکالت در رویه‌های بانکی قابل اعمال نیست.

**JOURNAL OF**

# **LEGAL RESEARCH**

**VOL. IV, NO. 1**

**2005-1**

**Articles**

- European Arrest Warrant and its Impact on Extradition Law in the European Union
- Protective Victimology in Light of “The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”
- The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions
- Concept, Kinds and Rules Governing Public Contracts
- An outline to Iranian Legal System on the Foreign Investment
- The Constitutionality and Role of Judges in Iranian Law

**Special Issue: Different Aspects of Banking Law**

- Legal Aspects of Internet Banking
- Discussion of Principles Agent Theory in Banks on behalf of Depositors in Banking Deposits
- Binding Character of Contracts on Credits Granted by Banks and it's Ambiguities
- Settlement of Disputes in International Bank Guarantees
- Hire-Purchase Contract and Barriers to it's Development in the Iranian Banking System

**Critique and Presentation**

- UN International Law Commission and Iranian Lawyers

ISSN: 1682-9220



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**

Research & Study