



پژوهشکده پولی و بانکی
بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

▪ مقاله کاری شماره (9) / زمستان ۱۳۹۱

▪ بررسی فقهی و حقوقی وثایق بانکی

▪ فرشته ملاکریمی



پژوهشکده پولی و بانکی
بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

پژوهشکده پولی و بانکی

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

تهران: میدان آرژانتین، ابتدای بزرگراه آفریقا، روبروی پارکینگ بیهقی، پلاک ۱۰

کدپستی: ۱۵۱۴۹۴۷۱۱۱ صندوق پستی: ۷۹۴۹-۱۵۸۷۵

www.mbri.ac.ir

- دیدگاه و نظرات ارائه شده در این مقاله متعلق به نویسندگان بوده و لزوماً نظر پژوهشکده پولی و بانکی را منعکس نمی‌کند.
- کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به پژوهشکده پولی و بانکی می‌باشد، لیکن استفاده از نتایج این مقاله با ذکر منبع بلامانع است.



▪ فهرست مطالب:

۴	چکیده
۴	مقدمه
۵	تعریف لغوی و اصطلاحی رهن
۶	اوصاف عقد رهن
۶	ارکان عقد رهن
۷	ویژگی های مال مرهون
۷	حقوق و تکالیف راهن
۸	حقوق و تکالیف مرتهن
۸	دریافت و ثایق در نظام بانکی
۱۱	جمع بندی
۱۲	منابع و مآخذ

مقاله کاری شماره ۹

بررسی فقهی و حقوقی وثایق بانکی

فرشته ملاکریمی^۱

چکیده

یکی از موضوعات مطرح در حوزه فقه بانکی، اخذ وثایق بانکی می باشد. دریافت وثیقه از متقاضی تسهیلات در قالب قرارداد رهن تعریف می گردد. وثیقه گذاری اسناد تجاری با مشکلاتی روبرو می گردد. طبق اصول حاکم بر قرارداد رهن، تنها رهن اعیان صحیح است؛ چراکه دارای ویژگی به قبض درآمدن هستند اما رهن دین جایز نیست زیرا نمی توان آن را به قبض درآورد. اسناد تجاری هم به دلیل اینکه معرف یک دین به شمار می آید، در زمره اعیان قرار نمی گیرد لذا به وثیقه نهادن آن جایز نمی باشد. برای حل مشکل وثیقه گذاری اسناد تجاری می توان به نظر آن دسته از فقها تمسک نمود که قبض را از شرایط صحت و لزوم عقد رهن به شمار نمی آورند.

واژگان کلیدی: وثایق بانکی، رهن، دین، قبض

۱. مقدمه

یکی از فعالیت های گسترده ای که در نظام بانکداری بدون ربا در ایران به تبع نظام بانکی متعارف صورت می پذیرد، تخصیص منابع است. عمده نیازهای متقاضیان از طریق اعطای تسهیلات در قالب معاملات و قراردادهای مجاز شرعی تأمین می گردد. بانک به منظور اطمینان از بازگشت تسهیلات اعطایی به دریافت وثایق معتبر از مشتریان مبادرت می ورزد تا در صورت عدم تأدیه بدهی یا ایفای تعهد در سررسید مقرر، بتواند طلب خویش را از محل وثایق استیفا نماید. انواع وثایق کاربردی در نظام بانکداری عبارتند از اموال اعم از منقول و غیر منقول، اسناد(رسمی، تجاری و عادی) و اوراق بهادار(اوراق مشارکت و سهام شرکت های پذیرفته شده در بورس). اما بانک ها در بسیاری از موارد ترجیح می دهند که از مشتریان وثایق ملکی دریافت نمایند. برخی از علل استقبال بانک ها از وثایق ملکی عبارتند از:

- ۱- املاک و مستغلات به سهولت قابل ارزیابی و قیمت گذاری از طرف بانک است.
- ۲- از خطراتی چون سرقت، فساد، کهنگی و از مد افتادگی(حداقل در مدت زمان معقول و طی دوره بازپرداخت وام) در امان است.
- ۳- با وجود اینکه ارزش ثابتی ندارند، اما بهای آن غالباً سیر صعودی دارد.

^۱ کارشناس ارشد پژوهشی، گروه بانکداری اسلامی، پژوهشکده پولی و بانکی.
پست الکترونیک: f.mollakarimi@gmail.com

۴- نیاز به محل مخصوصی برای نگهداری و انبار کردن ندارد.

اما وثیقه گذاری اعیان و اموال نیز با مشکلاتی مواجه است.

- ۱- زمین و ساختمان به سادگی قابل خرید و فروش نیست و نقل و انتقال آن می‌بایست در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد که این ثبت نیز تابع تشریفات قانونی است. در واقع سرعت نقد شوندگی املاک پایین است.
- ۲- انتقال املاک و مستقالات مستلزم پرداخت هزینه‌های ثبت، مالیات و مانند آن است.
- ۳- بها و ارزش این دارایی ثابت نبوده و با توجه به شرایط خاص بازار، قابل پیش‌بینی هم نیست.

با ملاحظه این مشکلات و با توجه به اینکه یکی از موانع دسترسی آسان نیازمندان وجوه به اعتبارات بانکی، شرایط دشوار اعطای تسهیلات از جمله مطالبه وثایق ملکی توسط بانک‌ها به عنوان وثیقه اعتبارات است، بانک‌ها ناگزیر از پذیرش اسناد تجاری به عنوان وثایق ملکی هستند. از همین روی در مورخه ۱۳۸۰/۳/۲۷ مجلس شورای اسلامی طرحی را تصویب کرد که پس از تأیید شورای نگهبان، با نام "قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی" قدرت اجرای یافت و در اواسط تیر ماه ۸۰ توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی به بانک‌های کشور ابلاغ شد.

با توجه به اینکه دریافت وثیقه از متقاضی تسهیلات در قالب قرارداد رهن تعریف می‌گردد. وثیقه گذاری اسناد تجاری با مشکلاتی روبرو می‌گردد. طبق اصول حاکم بر قرارداد رهن، تنها رهن اعیان صحیح است؛ چراکه دارای ویژگی به قبض درآمدن هستند اما رهن دین جایز نیست زیرا نمی‌توان آن را به قبض درآورد. اسناد تجاری هم به دلیل اینکه معرف یک دین به شمار می‌آید، در زمره اعیان قرار نمی‌گیرد لذا به وثیقه نهادن آن جایز نمی‌باشد؛ به منظور روشن شدن این بحث، لازم است در ابتدا به صورت اجمالی به معرفی عقد رهن و احکام آن بپردازیم. ژ

۲. تعریف لغوی و اصطلاحی رهن

رهن در لغت به معنای دوام و ثبات است. البته رهن اینگونه نیز معنا شده است: آنچه نزد انسان گذارده می‌شود، در عوض آنچه از او گرفته می‌شود. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۱۸۸)

اما رهن در فقه اینگونه تعریف شده است: رهن عبارت است از این که مالی وثیقه دینی باشد که بر ذمه رهن است. به منظور این که مرتهن طلب خود را در صورت تعذر استیفای آن از سوی متعهد، از محل وثیقه وصول نماید. (مامقانی، بی تا، ص ۲۹۷)

تعریف رهن در حقوق نیز بدین ترتیب است. رهن عقدی است که به موجب آن بدهکار یا شخص ثالث، مال موجود در خارج (اعم از منقول یا غیرمنقول) را به عنوان وثیقه به بستانکار می‌دهد تا اگر بدهی خود را در سررسید ندهد از محل فروش وثیقه، طلب بستانکار داده شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، الف، ج ۳، ص ۲۰۷۱)

رهن مطابق ماده ۷۷۱ قانون مدنی عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند. در مجموع رهن از نظر شرع، عرف و لغت عبارت است از آنچه رهن در مقابل دینش به عنوان وثیقه نزد مرتهن قرار می‌دهد.

۳. اوصاف عقد رهن

- ۱- لزوم و جواز عقد رهن: عقد رهن از طرف راهن لازم و از نظر مرتهن جایز است. در فقه امامیه بر این مسأله اتفاق نظر وجود دارد (فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۱۳۸؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۵، ص ۲۲۱)
- قانون مدنی نیز به تبعیت از فقها در ماده ۷۸۷ مقرر می دارد که عقد رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است. بنابراین راهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا کند یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بریء شود، عین مرهون را مطالبه کند ولی مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را برهم بزند.
- ۲- تجزیه ناپذیری عقد رهن: تعهدی که راهن در عقد رهن نسبت به وثیقه می دهد، در مورد وثیقه قابل تجزیه نیست؛ بدین معنی که تا تمام طلب پرداخت نشود وثیقه آزاد نخواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۶۴) به عبارتی تمامی مال مرهون وثیقه هر جزئی از اجزای دین و مجموع عین مرهونه در مقابل دین قرار گرفته است لذا دیگر قابل انحلال نیست.
- البته می توان در ضمن عقد رهن شرط شود که با پرداخت هر سهم از دین به همان نسبت نیز رهن آزاد شود؛ یعنی مرتهن می تواند از این امتیاز و تجزیه ناپذیری عقد رهن که به سود او مقرر شده است بگذرد و تجزیه رهن را بپذیرد.
- ۳- تبعی و عینی بودن عقد رهن: بنا بر اعتقاد اکثر فقهای شیعه، عقد رهن از عقود عینی است ک موضوع آن حتما عینی از اعیان است. این عقد، عقدی تبعی است؛ بدین معنا که باید پیش از آن دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود. در واقع وجود دین شرط صحت عقد رهن است؛ زیرا در صورت عدم وجود دین، عقد رهن فاقد مینا و هدف می گردد.
- از دیدگاه قانون مدنی - به موجب مفهوم ماده ۶۹۱ آن - ضمان از دینی که سبب قانونی آن ایجاد شده ولی هنوز به دلیل فراهم نیامدن شرایط ثبوت در ذمه قابل مطالبه نیست، صحیح است، پس بایستی رهن گذاردن برای آن نیز مجاز باشد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۶۰) بنابراین بانکها می توانند پس از دادن اعتبار از مشتریان خود برای تضمین مبالغی که آن مشتری از محل اعتبار وام می گیرد، وثیقه بگیرند؛ زیرا پیمان مربوط به اعطای اعتبار خود سبب دین مشتری و مبنای تعهد او به بازپرداخت وام است و شرط تحقق این دین و ثبوت آن بر ذمه مشتری استفاده از اعتبار مورد توافق است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۵۷۱)

۴. ارکان عقد رهن

- طرفین معامله: رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.
- ایجاب و قبول: این قرارداد نظیر همه قراردادهای دیگر می تواند با لفظ، نوشتار یا عملی حاکی از اراده و رضایت طرفین قرارداد به انجام این کار منعقد گردد.
- عوضین: در قرارداد رهن عوضین، دین و مال مرهون است.
- قبض: در فقه امامیه نسبت به اثر قبض در وقوع عقد رهن یا لزوم آن سه نظر گوناگون داده شده است. برخی از فقیهان بر این باورند که عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می شود و قبض هیچ گونه تأثیری در صحت یا لزوم این عقد ندارد (شیخ طوسی، بی تاب، ج ۳، ص ۹۷؛ نجفی، همان، ص ۱۰۰) براساس نظریه دوم، گرچه عقد با ایجاب و قبول واقع می شود ولی قبل از قبض از دو طرف جایز است و بعد از آن بر راهن لازم می گردد. (حسینی عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۱۳۹) بر اساس نظریه سوم، قبض عین مرهون از ارکان عقد رهن و از شرایط صحت آن به شمار می رود (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۱۳)

از ماده ۷۷۲ قانون مدنی چنین استنباط می شود که قانون گذار، نظریه سوم را برگزیده است: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد، داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

۵. ویژگی های مال مرهون

لزوم عین بودن مال مرهون: طبق ماده ۷۷۴ قانون مدنی مال مرهون باید عین باشد و رهن دین و منفعت باطل است؛ زیرا عقد رهن با قبض مورد رهن محقق می شود لذا باید عین خارجی وجود داشته باشد که قابلیت قبض را دارا باشد. لازم به ذکر است که قانون مدنی در این باره از دیدگاه مشهور فقهای شیعه تبعیت کرده است و حکم به بطلان رهن دین و منفعت داده است. البته برخی از فقها نیز به عدم بطلان رهن دین قائلند. (نجفی، همان، ص ۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۶۶)

از نظر برخی حقوق دانان معاصر رهن اسناد تجاری مثل اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکت ها از آنجا که در حکم عین معین هستند، صحیح است؛ زیرا در دید عرف ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۴۸۶)

قابلیت تملک و فروش: از نظر مشهور فقها رهن مالی صحیح است که در ملکیت راهن باشد و قابلیت فروش را داشته باشد تا مرتهن بتواند در صورت لزوم از محل فروش آن دین خود را استیفا نماید. (محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۲۱۰؛ بحرانی، بی تا، ج ۲۰، ص ۲۴۶)

قانون مدنی در این زمینه در ماده ۷۷۳ مقرر می دارد که « هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی تواند مورد رهن واقع شود».

۶. حقوق و تکالیف راهن

حقوقی که بر عهده راهن قرار داده شده است عبارتند از:

- ۱- حق تصرف در عین مرهونه: راهن نمی تواند آزادانه هر نوع تصرفی که بخواهد انجام دهد لکن از نظر مشهور فقهای شیعه راهن تنها حق تصرفات اصلاحی که به سود عین مرهون باشد را دارد و نمی تواند تصرفات استیفایی و ناقله در مال مرهون انجام دهد. (نجفی، همان، ص ۱۹۵) تصرفات استیفایی مانند سکونت در خانه ای که مورد رهن واقع شده است و تصرفات ناقله، تصرفاتی است که به نقل عین منجر شود مثل بیع. (جعفری لنگرودی، همان، ص ۹۸)
- ۲- حق تسلیم عین مرهون به امین: به موجب ماده ۷۷۸ قانون مدنی به موت راهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی شود و به عبارت دیگر حقوق و تکالیف متوفی به ورثه او منتقل می شود و این مورد اتفاق فقهای امامیه است. اما درباره ادامه قبض مورد رهن از سوی مرتهن قانون مدنی در دنباله ماده ۷۸۸ مقرر می دارد که :
ولی در صورت فوت مرتهن راهن می تواند تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می شود داده شود. در صورت عدم تراضی، شخص مزبور از طرف حاکم معین می شود.
اما تکالیف راهن عبارتند از:



- ۱- پرداخت هزینه نگهداری عین مرهون: این مسأله که پرداخت هزینه مرهون بر عهده راهن است، مورد اتفاق فقهای شیعه است؛ (حسینی عاملی، همان، ص ۱۹۷؛ طوسی، بی تا الف، ج ۲، ص ۲۱۵) زیرا او مالک عین و منافع رهینه است و طبعاً هزینه نگهداری رهینه هم با اوست.
در این مورد با استفاده از عموم ماده ۳۰۶ قانون مدنی معلوم می شود که هزینه نگهداری هر مال به عهده مالک آن است و رهینه از این قاعده مستثنی نیست.
- ۲- تسلیم رهینه به مرتهن: از نظر کسانی که قبض را از آثار عقد رهن می دانند، تسلیم رهینه در زمره التزامات راهن قرار می گیرد یعنی راهن در اثر عقد رهن موظف می گردد که عین مرهون را به مرتهن تسلیم نماید. (طوسی، بی تا ب، ج ۲، ص ۷۹) و در صورتی که از این تکلیف خود تعدی نماید، مرتهن می تواند او را بر این امر اجبار کند. چنانچه اجبار او میسر نباشد، مرتهن می تواند عقد را فسخ نماید.

۷. حقوق و تکالیف مرتهن

در احکام عقد رهن برای مرتهن حقوقی در نظر گرفته شده است:

- ۱- حق استیفای طلب از مال مرهون: در صورتی اعسار یا خودداری راهن از ادای دین در سررسید مقرر، مرتهن می تواند طلب خود را از طریق فروش رهینه استیفا نماید. لکن خود نمی تواند مستقیماً اقدام به فروش آن نماید مگر در صورتی که وکیل در فروش باشد یا حاکم به او اذن در فروش داده باشد. ماده ۷۷۷ قانون مدنی هم به این مسأله تصریح نموده است.
- ۲- حق تقدم نسبت به سایر طلبکاران: به اتفاق فقهای امامیه، مرتهن از دیگر طلبکاران در استیفای طلب خود از مورد رهن مقدم است. ماده ۷۸۰ قانون مدنی در این زمینه مقرر می دارد که « برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت»
برای مرتهن تکالیفی هم مقرر گشته است:
- ۱- عدم جواز انتفاع و تصرف در عین مرهون: مطابق قول مشهور فقهای امامیه مرتهن مطلقاً از تصرف در رهن و انتفاع از آن ممنوع می باشد مگر آنکه از سوی راهن اجازه داشته باشد. مرتهن در فرض تصرف، نسبت به رهینه ضامن است. به موجب ماده ۷۸۹ قانون مدنی رهن در ید مرتهن، امانت محسوب می شود لذا مرتهن حق تصرف و انتفاع از رهینه را ندارد مگر به اذن راهن یا به اذن قانون.
- ۲- حفظ، اداره و استرداد مال مرهون: عین مرهون در دست مرتهن امانت است؛ زیرا مرتهن از طرف مالک، اذن در تسلط یافتن بر عین مرهون دارد. در واقع ید مرتهن نسبت به رهینه ید امانی محسوب می شود. در صورتی که رهینه بدون تعدی یا تفریط در دست مرتهن تلف شود یا معیوب گردد، ضامن نخواهد بود. ماده ۷۸۹ قانون مدنی به این نکته تصریح می نماید.

۸. دریافت و وثایق در نظام بانکی

همانگونه که از نظر گذشت بانکها به منظور اطمینان از بازگشت سرمایه ی خود اقدام به دریافت وثیقه از مشتریان در قالب عقد رهن می نمایند. از دیدگاه مشهور فقها و قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت عقد رهن آن است که مورد رهن باید عین باشد یعنی رهن دین و منفعت باطل است. این در حالی است که وثایق متعارف در نظام بانکی علاوه بر اموال مادی اعم از منقول و غیر منقول شامل سناد تجاری هم می شود. در واقع از آنجایی که به قبض دادن اسناد تجاری به اعتبار اینکه این

اسناد از زمره حقوق دینی به شمار می آیند نه حقوق عینی، غیر ممکن است لذا وثیقه نهادن آنها با اشکالات شرعی و قانونی مواجه است.

اسناد تجاری به معنای عام، اسنادی هستند که معرف طلب یا مالی می باشد و به نحوی از انحا در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار می گیرند و کاربردی همچون اسکناس، برات، چک، سهام شرکت های تجاری، اعتبارنامه های بانکی و مانند آنها دارد. این اسناد چون مال عینی و کالا محسوب نمی شوند و ماهیتا حاکی از یک دین هستند، قابلیت قبض ندارد (جندقی، ۱۳۸۱، ص ۷۸) و از آنجایی که طبق نظر برخی از فقها و بر اساس دیدگاه قانون مدنی قبض از شرایط صحت معامله است، رهن اسناد تجاری باطل است.

برای حل مشکل وثیقه گذاری اسناد تجاری می توان به نظر آن دسته از فقها تمسک نمود که قبض را از شرایط صحت و لزوم عقد رهن به شمار نمی آورند. البته به نظر می رسد تنها اثر قبض در عقد رهن، وثیقه شدن رهن است. در واقع حکمت جعل رهن ایجاد پشتوانه ای برای مرتهن است، پس اگر مرتهن عین مرهونه را قبض نکند، فلسفه وثیقه محقق نگردیده است؛ چون وثیقه شدن بستگی به قبض دارد و شارع مقدس قبض را برای وثیقه شدن رهن، مطرح ساخته است. (همان، ص ۸۳) بنابراین می توان دیدگاه قانون مدنی در ماده ۷۲۲ را مورد انتقاد قرار داد. مفاد این ماده، متناسب با دیدگاه فقهایی است که قبض عین مرهون را از ارکان عقد رهن و از شرایط صحت آن به شمار می آورند.

افزون بر این برخی از حقوقدانان معاصر نیز در مورد لزوم عین بودن مورد رهن معتقدند که مورد رهن لازم نیست که حتما از اموال اصلی باشد، بلکه اموال آلی را هم می توان به رهن داد. اموال اصلی اموالی هستند که ذاتا دارای ارزش هستند مانند غذایی، البسه و اموال آلی اموالی هستند که خودشان دارای مالیت نیستند اما نماینده اموال با ارزش ذاتی هستند؛ مانند اسکناس یا اسناد خزانه که حاکی از استحقاق دارنده آن به دریافت مقداری پول رایج است. (همان، ص ۸۴)

به نظر این حقوق دانان، تعریف عین معین در ماده ۷۷۴ قانون مدنی بر این اشیاء نیز صدق می کند. در واقع به طور کلی هر آنچه که مالیت دارد، عین معین است. این رویکرد می تواند تا حدی گره گشای وثیقه گذاری برخی از اسناد تجاری که در مالیت آنها تردیدی نیست، باشد.

اشکالی دیگری که در رابطه با اخذ وثایق بانکی در قالب عقد رهن وجود دارد این است که پیش از انعقاد قرارداد رهن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود. در واقع وجود دین شرط صحت عقد رهن است؛ زیرا در صورت عدم وجود دین، عقد رهن فاقد مبنا و هدف می گردد. حال با این وجود آیا می توان در عقود مشارکتی که رابطه بین متعاملین به صورت بدهکار و طلبکار نیست، رهن دریافت کرد؟

توضیح اینکه قراردادهای مشارکتی (مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات) قراردادهای انتفاعی با سود غیرمعین و انتظاری محسوب می شوند؛ به این معنا که بانک و متقاضی تسهیلات بر اساس نرخ بازدهی (سود) معینی تصمیم به سرمایه گذاری می گیرند و قرارداد منعقد می کنند؛ اما سود واقعی در پایان دوره مالی معین می شود. این نوع قراردادهای اذنی (غیرتملیکی) هستند. یعنی با انعقاد قرارداد، منابع بانک مطابق ضوابط هر یک از قراردادهای مشارکتی، در اختیار متقاضی تسهیلات قرار می گیرد و او حق دارد تنها در موضوع قرارداد در آن منابع تصرف کند. در قراردادهای مشارکتی به تناسب موضوع آنها، رابطه بانکی با متقاضی تسهیلات، رابطه شریک با شریک، یا صاحب سرمایه با عامل است. (موسویان، ۱۳۸۷، ص ۱۲۲-۱۲۳). حال با توجه به این نوع رابطه از متقاضی تسهیلات با بانک آیا می توان رهن دریافت نمود. به دیگر بیان اخذ رهن با ماهیت عقود مشارکتی در تضاد است چرا که شریک مدیون بانک نیست.

اما در پاسخ به پرسش بالا باید گفت که بانک می تواند در قراردادهای مشارکتی جهت پرداخت این نوع تسهیلات و به منظور حسن اجرای تعهدات و همچنین جبران زیان احتمالی که به صورت شرط مورد قبول وی است، اقدام به اخذ تأمین و وثیقه کافی نماید. (خاوری، ۱۳۸۲، ص ۲۴۶) لکن تأمین مذکور نباید در قالب عقد رهن صورت گیرد چرا که عامل مضاربه یا شریک شرکت مدنی، اصولاً بدهکار بانک محسوب نمی شوند تا عقد رهن که عقدی به تبع دین است، قابلیت تحقق داشته باشد. نکته قابل توجه این است که وثیقه اعم از رهن است. عقد رهن در ارتباط با اشتغال ذمه متقاضی مطرح می شود یعنی زمانی که متقاضی مدیون به بانک است مانند عقد فروش اقساطی که بانک به عنوان مالک، مبیع را با شرط دریافت ثمن به صورت اقساطی به مشتری انتقال می دهد. ثمن معامله به صورت بدهی بر ذمه مشتری می باشد که در نتیجه وثیقه به صورت رهن جهت تضمین پرداخت اقساط بدهی توسط مشتری، محمل قانونی دارد. همچنین در تسهیلات قرض الحسنه نیز تأمین می تواند به صورت رهن باشد. اما در وثیقه نیازی به اشتغال ذمه متقاضی تسهیلات و وجود دین قبل از عقد نیست بلکه بابت حسن اجرای تعهدات و انجام آن می توان از متقاضی وثیقه اخذ نمود اما نه در قالب عقد رهن بلکه با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می کند قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. تفاوت دیگری که بین رهن و وثیقه وجود دارد این است که تسلیم مورد وثیقه و قبض آن توسط ذینفع، شرط صحت عقد مذکور نمی باشد. همچنین مال مورد وثیقه می تواند اعم از عین و دین باشد بعنوان مثال سهام شرکت ها، اوراق بهادار و اوراق قرضه نیز می تواند به توثیق در آید. با وجود این تفاوتها و برای رهایی از این اشکال می توان در عقود مشارکتی و همچنین جایی که مال مورد وثیقه از اعیان نمی باشد، خارج از قالب قرارداد رهن و به عنوان وثیقه اقدام به دریافت تضمین از متقاضی نمود.

نکته قابل توجه ای که در پاسخ فوق وجود دارد این است که طبق اصل آزادی قراردادهای، می توان عقد جدیدی به نام وثیقه را که متفاوت از عقد رهن است، اعتبار نمود. وقتی متقاضی، انشاء عقد را قصد می کند این تعهد را فرض می کند که مالی را در اختیار بانک قرار دهد تا در صورت عدم ایفای تعهد اجازه تصرف در آن را داشته باشد و طلب خود را از محل آن استیفا نماید. از آن جایی که هیچ کس حق تصرف بر مال دیگری را ندارد مگر آنکه بر آن مال ید داشته باشد، می بایست ید بانک و جواز تصرف وی بر مال را تعریف نمود. متقاضی می تواند در قالب عقد وکالت به بانک اذن تصرف دهد. یعنی بانک وکیل شود که در صورت عدم ایفای تعهد، اموال مشتری را به تصرف خود درآورد. بانک می تواند وکیل در حفظ، تصرف و فروش باشد. لازم به ذکر است اگر این اموال در مقابل دین قرار گیرد همان عقد رهن است لکن اگر در مقابل اطمینان از انجام تعهد باشد، در قالب عقد ودیعه یا وکالت قابل تصور است. از این توضیحات روشن می شود که قرارداد وثیقه هر چند یک تعهد است و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می تواند صحیح باشد لکن برای قراردادن ید مشتری بر مال و اذن تصرف وی می بایست آن را در چارچوب عقد وکالت تعریف نمود. در این حالت احکام و آثار وکالت اجرا می شود. بنابراین قرارداد وثیقه همان وکالت است و عنوان دیگری بر آن مترتب نیست.

البته اشکالی را که در رابطه با جواز دریافت رهن در عقود مشارکتی مطرح شد، می توان به گونه ی دیگری نیز مرتفع نمود. متعاقدين در هر یک از عقود مشارکتی نسبت به یکدیگر تعهداتی دارند. از نظر تحلیلی تعهد، رابطه ای بین متعهد (مدیون) و متعهد له (دائن) بوجود می آورد که به متعهد له حق می دهد، مورد تعهد را از متعهد مطالبه نماید. (فرزینوش، ۱۳۸۱، ص ۴۹۳) در واقع دین جنبه منفی تعهد است که قائم به مدیون و متعهد می باشد. همچنان که طلب، جنبه مثبت آن و قائم به دائن است. بنابراین در عقود مشارکتی نیز، متعاقدين در حکم دائن و مدیون هستند. بدین ترتیب که مثلاً در قرارداد مشارکت مدنی بانک با مشتری شریک می گردد و هر کدام از آنها مالی را اعم از نقدی یا غیرنقدی به عنوان سهم الشرکه در میان می گذارند تا در طرح های اقتصادی به کار اندازند. از آنجایی که بانک فرصت کافی و نیروی لازم را برای اداره امور مشارکت های مدنی خود ندارد، اداره امور شرکت را به عهده مشتری (شریک) می گذارد و شرط می کند که شریک در پایان مدت انجام و ایجاد موضوع مشارکت، سهم الشرکه بانک را به صورت مرحله ای به وی واگذار نماید. سهم الشرکه شامل اصل سرمایه

پرداختی بانک، سود مورد انتظار و سایر هزینه ها می شود. شریک با قبول چنین شرطی به بانک متعهد می گردد تا تعهد (دین) خویش را مبنی بر پرداخت سرمایه و سهم بانک از سود در سررسید های مقرر ایفا نماید. بنابراین روشن می گردد که در عقود مشارکتی، تعهدات به منزله دین می باشند لذا می توان برای اطمینان از حسن اجرای تعهدات، وثایقی را در قالب عقد رهن دریافت نمود.

اما در رابطه با جبران خسارات احتمالی، اگر خسارتی که به اصل سرمایه وارد می گردد، به دلیل عوامل طبیعی باشد، مصداق تلف است و بر اساس قاعده استیمان، ضمان آور نیست؛ چرا که ید شریک و مضارب ید امانی محسوب می شود.^۲ (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۹۵) اما اگر منشأ خسارت، تعدی و تفریط شریک یا مضارب باشد، جبران آن طبق قواعد ضمان قهری و با استناد به قاعده لاضرر، تسبیب و اتلاف واجب است. دریافت وثیقه برای جبران خسارات موجب می شود بانک خسارات وارده را بدون نیاز به محاکم قضایی و از طریق تملک وثایق با سهولت بیشتری استیفا نماید.

ذکر این نکته نیز لازم است که اگر دریافت وثایق بانکی در عقود مشارکتی به منظور دفع ضرر از یکی از متعاملین باشد با روح و ماهیت این عقود منافات دارد؛ چرا که در عقود مشارکتی شرکاء در سود و زیان شریکند لکن با چنین تضمینی دیگر تسهیم و تقسیم سود و زیان معنایی ندارد. آنچه که متعاقدین می بایست در عقود مشارکتی قصد کنند، مفهوم شراکت است. شراکت هم در اصل سرمایه و هم در سود و زیان مطرح می باشد. با اخذ وثایق در ابتدای عقد به منظور دفع ضرر، گویی متعاملین قصد شراکت در سود و زیان را ندارند. به عبارت دیگر آنچه که قصد شده، واقع نشده است و آنچه که واقع شده، قصد نشده است.

۹. جمع بندی

بانک به منظور اطمینان از بازگشت تسهیلات اعطایی به دریافت وثایق معتبر از مشتریان مبادرت می ورزد تا در صورت عدم تأدیه بدهی یا ایفای تعهد در سررسید مقرر، بتواند طلب خویش را از محل وثایق استیفا نماید. انواع وثایق کاربردی در نظام بانکداری عبارتند از اموال اعم از منقول و غیر منقول، اسناد (رسمی، تجاری و عادی) و اوراق بهادار (اوراق مشارکت و سهام شرکت های پذیرفته شده در بورس). وثیقه نهادن اسناد تجاری با اشکالات شرعی و قانونی مواجه است. از آنجایی که طبق نظر برخی از فقها و بر اساس دیدگاه قانون مدنی قبض از شرایط صحت معامله است، رهن اسناد تجاری باطل است. برای حل مشکل وثیقه گذاری اسناد تجاری می توان به نظر آن دسته از فقها تمسک نمود که قبض را از شرایط صحت و لزوم عقد رهن به شمار نمی آورند. نکته قابل توجه دیگر این است که در صورتی که دریافت وثایق برای اطمینان از تأدیه بدهی باشد، قرارداد رهن متصور است اما در صورتی که برای اطمینان از حسن اجرای تعهدات باشد، نمی توان در چارچوب عقد رهن اقدام به اخذ وثیقه نمود بلکه باید وثیقه را در قالب قراردادی همچون وکالت در اختیار بانک قرار داد.

^۲. شریکی که مال الشرکه در ید او است و همچنین مضارب در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نمی شوند مگر در صورت تفریط یا تعدی.

- (۱) ابن منظور، محمد بن مكرم، ۱۴۱۴، السان العرب، بيروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
- (۲) امام خمینی، سید روح الله، ۱۳۷۹، تحریر الوسيله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- (۳) امامی، سید حسن، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ دهم.
- (۴) بحرانی، یوسف بن احمد، بی تا، حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، مؤسسه النشر الاسلامی.
- (۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۸ الف، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش. چاپ اول.
- (۶) _____، ۱۳۷۸ ب، رهن و صلح، انتشارات حقوقی ابن سینا، چاپ اول.
- (۷) جندقی، بهروز، ۱۳۸۱، جواز و شرایط وثیقه گذاری اسناد بازرگانی، علوم انسانی، شماره ۵۸، تهران
- (۸) حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، بی تا، مفتاح الكرامه، بيروت، مؤسسه آل بيت الاحیاء التراث العربی، چاپ اول.
- (۹) شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۱، الروضه البهیة فی الشرح المعه الدمشقیه، بيروت، دار الاحیاء التراث العربی.
- (۱۰) شیخ طوسی، محمد بن حسن، بی تا الف، المبسوط، قم، دار المعارف الاسلامیه.
- (۱۱) _____، بی تا ب، الخلاف، قم، دار المعارف الاسلامیه.
- (۱۲) فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۱۰، کتاب العین، قم، نشر هجرت. چاپ دوم.
- (۱۳) فرزین‌وش، اسد ا...، ۱۳۸۱، بررسی عقود در بانکداری اسلامی، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ اول.
- (۱۴) فیض کاشانی، محسن، ۱۴۰۱، مفاتیح الشرایع، قم، الذخایر الاسلامیه.
- (۱۵) قانون مدنی.
- (۱۶) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان.