

ناصر زنگباری *

علیرضا سلیمی **

فرزانه اکرمی ***

چکیده

در اصطلاح فقهی، اقاله این است که یکی از متعاملین، معامله را بر هم بزند. در این صورت، چنانچه خیار فسخ بیع داشته باشد، معامله منفسخ می‌شود و اگر خیار فسخ بیع نداشت، طرف دیگر باید این اقاله را تنفیذ کند و اگر چنین نکند، معامله بر حال خود باقی‌است. قانون مدنی ایران، اقاله را از اسباب سقوط تعهدات به حساب آورده است. در نظام بانکداری ایران و در چارچوب قانون پولی و بانکی کشور، قانون عملیات بانکی بدون ربا، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های بانک مرکزی، معاملات متعدد و متنوعی فی‌مابین بانک و مشتریان آن‌ها منعقد می‌گردد. اقاله به عنوان یکی از راهکارهای بر هم زدن عقود لازم در این نظام کاربرد موثر داشته و عمده‌ترین کاربرد اقاله در نظام بانکی، اقاله املاک تملیکی بانک هاست. در این زمینه هر یک از بانک‌ها به علت فقدان مقررات شفاف، با برداشت‌های سلیقه‌ای از مقررات و قوانین جاری، با درخواست راهن یا مشتری بانک، ملک تملیک شده را اقاله می‌کنند. در حال حاضر، در قوانین و مقررات بانکی صرفاً شرایط پذیرش درخواست اقاله اعلام گردیده و تعریف فرایند اجرای اقاله در سیستم بانکی مغفول و نیز نحوه محاسبات ثمن اقاله توسط بانک‌ها به گونه‌ای است که نتیجه آن اخذ وجوه مازاد بر ثمن اقاله، غیر قانونی، غیر شرعی و پیامد آن تضییع حقوق متقاضیان اقاله است. بنا به مراتب فوق و نظر به اینکه در این باب و نحوه محاسبات مذکور در اجرای فرایند اقاله، در سیستم بانکداری مطلقاً پژوهشی عملی صورت نپذیرفته است، در این مقاله سعی می‌شود جایگاه و ارکرد اقاله در نظام بانکی ایران، با تکیه بر فقه، رویه بانکی و قوانین و مقررات مربوط، مورد بررسی قرار گرفته و راهکارهای عملی و اجرایی مرتبط ارائه گردد.

کلید واژگان:

اقاله، عقد، تفاسخ، نظام بانکداری ایران.

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۰۴/۲۹) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۰/۰۲/۱۹)

* دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران.
nasserzangbari@gmail.com

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد محلات، دانشگاه آزاد اسلامی، محلات، ایران. (نویسنده
مسئول) mohammadrwzasalimu^{۶۸}@gamil.com

*** استادیار حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۱- مقدمه

عقد یک تعهد طرفینی است که از بین بردن و اقاله آن نیازمند به اسباب مشخص و معینی است. از بین رفتن عقد می‌تواند به وسیله انفساخ، فسخ یا اقاله باشد. اقاله بر خلاف فسخ یک عمل طرفینی و با رضایت هر دو جانب عقد است. هنگامی که دو طرف برای برآوردن نیازها و تأمین منافع خود با یکدیگر عقد را منعقد می‌سازند، این عقد وپیمان از آثار شرعی برخوردار می‌شود و برابر با قاعده و اصل اولی در عقد پابرجا و وفای به آن ضروری خواهد شد زیرا، هر کدام از دو طرف عقد به هنگام بستن عقد منظور و هدفی را دنبال می‌کرده اند که برای برآورده شدن آن به انعقاد عقد روی آورده اند، این هدف و حق نباید ضایع گردد. حال اگر هر کدام پس از انعقاد عقد دریابند که به هدف مورد نظر خود دست نمی‌یابند و یا به هر دلیلی از انعقاد عقد پشیمان شوند، آن گاه نیز با توافق یکدیگر عقد را می‌توانند برهم بزنند. به گفته دیگر، همان گونه که اراده دو طرف در پدید آمدن عقد تأثیر می‌گذارد و بدون این دو اراده عقدی برقرار نخواهد شد، همین دو اراده نیز در سرنوشت عقد تأثیر می‌گذارد، پابرجا بودن و یا از میان رفتن عقد، بنا بر اراده دو طرف است. پس اگر به انحلال و زوال عقد و آثار آن تصمیم بگیرند، عقد از بین می‌رود و در پی آن، آثار عقد نیز زایل می‌گردد؛ به این عمل حقوقی اقاله یا تفاسخ گویند.

به رغم دقت و فراستی که افراد در برقراری روابط مالی و حقوقی در هنگام انعقاد معامله به کار می‌گیرند، گاه به عللی از انجام معامله^۱ پشیمان شده و از ادامه قرار داد و انجام تعهدات^۲ حاصل از آن منصرف می‌شوند. این برهم زدن معامله، هرگاه با توافق و تراضی طرفین معامله باشد، در لسان فقهی و حقوقی، اقاله نامیده می‌شود. اقاله یک عمل حقوقی است که با تراضی متعاقدين صورت می‌پذیرد و موجب انحلال عقد می‌شود. فقیهان امامیه، حنبلیه و شافعیه مطلقاً اقاله را فسخ می‌دانند. فقیهان حنفی اقاله را نسبت به متعاملین، فسخ اما نسبت به اشخاص ثالث، بیع جدید تلقی می‌کنند. گروهی چون حنبلیان و «زُقر» از حنفیان معتقدند که اقاله در گذشته اثر می‌گذارد و عقد را از آغاز بی

۱. معامله مترادف است باعقد با این تفاوت که معامله اخص از عقد یا قرار داد است که بیشتر آثار مالی و تجاری را در بر می‌گیرد مانند مضاربه، سلف، بیع، اجاره و امثالهم.

۲. تعهد رابطه حقوقی است که به شخص توانایی می‌دهد که از شخص دیگری مالی را مطالبه یا انجام یا امتناع از امری را می‌تواند تقاضا کند.

اثر می‌سازد و دیگران معتقدند که از هنگام اقاله، عقد از بین می‌رود و نسبت به آینده کارایی نخواهد داشت نه آنکه از آغاز بی اثر شود (صدر، ۱۴۱۶ ه.ق، ۳۶۱). در این باره، حنفیان با یکدیگر اختلاف نظر دارند: ابوحنیفه معتقد است اقاله نسبت به دو طرف عقد، فسخ است و در حق دیگران، بیع شمرده می‌شود. ابو یوسف، اقاله را نسبت به دو طرف و دیگران بیع جدیدی می‌داند بدینگونه که اقاله مگر در مورد اقاله فروش عقار (زمین) که همواره و در همه حال بیع است، پیش از قبض مبیع، فسخ عقد است و پس از آن در حکم بیع شمرده می‌شود زیرا فروش زمین پیش و پس از قبض آن جایز است (شیخ طوسی، ۱۴۱۱ ه.ق، ۲۰۶). محمد بن حسن حنفی، اقاله را فسخ می‌داند و تنها در صورتی که اقاله را فسخ بتوان شمرد، از ضرورت اقاله بیع می‌گوید (شیخ طوسی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۱۶۹).

از دید فقیهان مالکیه، اقاله بیع جدید است اما قانون مدنی اقاله را تفاسخ می‌داند. به نظر می‌رسد به دلیل دارا بودن تراضی که رکن و جوهره اساسی عقد می‌باشد، اقاله یک عقد و قرارداد نامعین است. بر خلاف نظر فقهای مالکیه و حنفیه، از دیدگاه فقیهان امامیه و شافعیه و حنبلیه، اقاله حق شفعه ایجاد نمی‌کند. از نظر برخی فقیهان، بر مبنای عقد جدید بودن اقاله، منعی در شرط افزایش یا کاهش ثمن در اقاله وجود ندارد. بر مبنای بیع جدید بودن اقاله، تلف عوضین یا یکی از آن دو مانع اقاله است. فقیهان مالکیه و حنفیه اقاله ی اقاله و جعل خیار در آن را صحیح می‌دانند؛ حال آن که فقیهان امامیه، شافعیه و حنبلیه عکس این مطلب را معتقدند (محبوبی، ۱۳۹۴، ۱۱).

سید محمد کاظم یزدی، در پاسخ به پرسشی که آیا اقاله عقد است تا به ایجاب و قبول نیاز داشته باشد و یا آن که با هر چیزی که دلالت بر رضایت کند، فسخ صورت می‌پذیرد، می‌گوید: «اقاله، فسخ عقد لازم است... که به صورت (عقد مصطلح) هم تحقق می‌یابد، مانند این که طرف بگوید: (أقلتک البیع) و طرف مقابل در پاسخ بگوید: (قبلت) و...»

محمد حسین اصفهانی نیز پس از بررسی این که اقاله به بیع اختصاص ندارد، می‌نویسد: «آری! اگر اقاله را همان گونه که در برخی از عبارت های فقیهان آمده از جمله عقود بدانیم که قطعاً از جمله عقود متعارف هم هست در این صورت، همانند عقود متعارف از لحاظ صحت و لزوم مشمول ادله عام خواهد شد و در هر بابی نیازمند دلیل خاص و ویژه ای نخواهد بود.» (اصفهانی، ۱۳۷۵، ۱۰)

برخی معتقدند؛ اقاله معامله جدیدی نیست بلکه عقدی را که طرفین سابقاً منعقد کرده اند، قطع و از ادامه آثار آن جلوگیری می‌نماید (امامی، ۱۳۷۱، ۳۲۷). به اعتقاد برخی، اقاله فقط از سوی متعاقدين

ممکن است و قائم مقام متعاقد، چنین اختیاری ندارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۲۱-۱۲۰). در این نوشتار، ابتدا مختصراً با مذاقه در قوانین و مقررات بانکی و بنابر قانون مدنی، به بررسی مطالب پیرامون اقاله پرداخته می‌شود. سپس، نحوه اجرا و نیز کارکردها و آثار اقاله در سیستم بانکی-کشور با توجه به موازین فقهی، مورد بحث و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲- اقاله در قوانین و مقررات بانکی (حقوق بانکی)

مهمترین منابع حقوق بانکی؛ قانون پولی و بانکی کشور، قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین نامه های آن، دستورالعمل های عقود موضوع قانون اخیرالذکر؛ مصوب شورای پول و اعتبار و بخشنامه های بانک مرکزی می‌باشند.

۲-۱- اقاله در قانون پولی و بانکی کشور

در قانون پولی و بانکی کشور، نصی در خصوص اقاله وجود ندارد لذا، انجام اقاله در بانک ها تابع شرایط عمومی و قوانین و مقررات جاری است. ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مقرر داشته است: «بانک ها مکلفند مقررات این قانون و آیین نامه های متکی بر آن و دستورهای بانک مرکزی ایران را که به موجب این قانون یا آیین نامه های متکی بر آن صادر می‌شود و همچنین مقررات اساسنامه مصوب خود را رعایت کنند.»

بر این اساس بانک ها مکلف به رعایت مصوبات شورای پول و اعتبار و دستورات بانک مرکزی ج.ا.ا. می باشند. همچنین در اساسنامه بانک ها انجام هر یک از معاملات، از وظایف اعضای هیات مدیره آن بانک مطابق قانون تجارت می‌باشد. اقاله نیز یکی از این دسته از معاملات بوده که معمولاً در زمینه موافقت با درخواست آن، از طرف هیأت مدیره بانک ها به مدیران عامل بانک ها تفویض اختیار صورت پذیرفته است.

۲-۲- اقاله در قانون عملیات بانکی بدون ربا

در قانون عملیات بانکی بدون ربا همانند قانون پولی و بانکی کشور، در این خصوص نصی وجود ندارد. ماده ۷ آیین نامه فصل پنجم این قانون نیز مقرر داشته است: «بانک ها مکلفند دستورها و بخش نامه های بانک مرکزی را که به موجب قوانین و آیین نامه های متکی به آن صادر می‌گردد، به موقع اجرا بگذارند.»

بدیهی است بر این اساس، بانک ها مکلف به اجرای بخشنامه های بانک مرکزی بوده و در

خصوص اقاله نیز در هفتصد و شصت و سومین جلسه شورای عالی بانک ها اتخاذ تصمیم صورت گرفته و مراتب طی بخشنامه شماره ش/۵۳۹ مورخ ۱۳۷۷/۶/۱۶ مبنی بر تکلیف بانک ها به اقاله پلاک های تملیکی مسکونی به بانک ها ابلاغ گردیده است.

۳-۲- مبانی و شرایط پذیرش درخواست اقاله در بانکداری اسلامی

قبل از ارائه بحث در اینجا لازم است به سابقه تاریخی املاک تملیکی بانک ها اشاره ای صورت گیرد. بموجب بند ۲ ماده ۶۵ قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۳۹:

«تملیک کالا و اموال غیر منقول و سهام و اوراق بهادار برای وصول مطالبات بانک بیش از حد مقرر در بند یک ماده ۶۵ مجاز می باشد ولی باید در ظرف دو سال فروخته شود مگر آنکه شورای پول و اعتبار مدت بیشتری را اجازه دهد».

و بر طبق بند ۲ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱ از جمله ممنوعیت های تعیین شده برای بانک ها، معاملات غیر منقول جز برای بانک هایی است که هدف آن ها انجام معاملات غیر منقول است. در تبصره این ماده آمده است:

«تملك غير منقول برای استیفای مطالبات بانک یا برای تأمین محل کار یا مسکن کارکنان بانک و معاملات نسبت به آن، طبق شرایطی که بانک مرکزی ایران تعیین خواهد نمود، مشمول ممنوعیت موضوع بند ۲ این ماده نخواهد بود.»

تبصره مذکور هم آیین نامه ای به این شرح دارد:

«هرگاه در نتیجه عدم پرداخت به موقع وام یا اعتبار اعطایی یا عدم اجرای سایر تعهدات قانونی و قراردادی مشتری، بانک مبادرت به استیفای مطالبات خود از طریق تملک غیرمنقول نماید، مکلف است از تاریخ تملک ظرف مدت دو سال غیرمنقول مذکور را واگذار نماید مگر آنکه قبل از انقضای مدت مقرر موافقت کتبی بانک مرکزی ایران را برای ادامه تملک کسب نموده باشد...» به این ترتیب، در مقررات یاد شده نه تنها موضوع اقاله دیده نمی شود بلکه تأکید بر عدم نگاهداری املاک تملیکی هم وجود دارد. در اینجا بی مناسبت نیست یادآوری شود که مجمع عمومی بانک ها به موجب مصوبات مورخ ۱۳۶۳/۳/۳۱ و ۱۳۶۳/۷/۵ و ۱۳۶۹/۱۰/۲ اعلام نموده است:

«۱- چنانچه وثایق تملیکی بانک ها املاک مسکونی باشد، ۲- در صورت تقاضای مالک یا قائم مقام یا وکیل وی، به شرط اینکه، ۳- عین ملک در مالکیت بانک باشد، ۴- کلیه مطالبات و متفرعات

متعلقه تا زمان اقاله وصول شده باشد و ۵- ملک مسکونی مورد اقاله تنها مایملک مسکونی متقاضی باشد بانک ها موظفند معامله را اقاله نمایند.»

اشکال: در این بخشنامه یکی از شرایط برای پذیرش اقاله توسط بانک، وصول کلیه متفرعات متعلقه تا زمان اقاله اعلام شده است. منظور از مطالبات؛ اصل و سود، و منظور از متفرعات؛ خسارت تاخیر یا وجه التزام پیش بینی شده در قرارداد اعطای تسهیلات است که در صورت عدم ایفای تعهدات از سوی گیرنده تسهیلات، از تاریخ سررسید قرارداد مزبور تا یوم الوصول قابل مطالبه می باشد. سوالاتی که مطرح است و پاسخ آن بشرح آتی خواهد آمد این است که، روز وصول طلب بانک تاریخ تملیک ملک بنام بانک است یا تاریخ اقاله؟ یعنی آیا مطالبات بانک پس از تملیک ملک، تسویه می شود و بدین سان قرارداد فی مابین بانک و مشتری خاتمه می یابد؟ آیا همچنان پس از تملیک ملک بنام بانک، همچنان رابطه قراردادی بین طرفین وجود دارد تا اخذ وجه التزام که بموجب شرط ضمن عقد آن قرارداد بوده است مشروعیت قانونی و فقهی داشته باشد؟ توجه به این نکته ضروری است که تصمیمات متخذة فوق، مربوط به زمان حاکمیت قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و آیین نامه و تبصره بند ۲ ماده ۳۴ قانون مذکور می باشد که شرح آن داده شد. بنابراین، بانک ها بر اساس بخشنامه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و مصوبه شورای عالی بانک ها، مکلف به پذیرش درخواست اقاله متقاضیانی هستند که دارای ملک با کاربری مسکونی بوده اند. این امر در قبال وصول کلیه مطالبات بانک اعم از اصل، سود و جرایم متعلقه، محقق می گردد. در مورد املاک با کاربری تجاری، اداری، کارگاهی و سایر کاربری های دیگر، اختیار موافقت با درخواست متقاضیان، حسب مورد به مدیران عامل یا اعضای هیأت مدیره بانک ها و به موجب اساسنامه آن ها واگذار شده است و بانک ها براساس بخشنامه یاد شده تکلیفی به پذیرش درخواست اقاله مالکین آن ها نداشته اند.

ملاحظه می شود که بانک ها در چارچوب مقررات مذکور و با رعایت مندرجات اساسنامه خود،

مکلف به اقاله املاک تملیکی مزبور و بنا به درخواست مالکین آن یا گیرندگان تسهیلات می باشند.

نقطه شروع این فرایند، ارائه درخواست اقاله از جانب مالک به بانک است. سوال قابل طرح این است که آیا این درخواست به معنی اعلام رضایت مشتری برای انجام اقاله است؟

به نظر می رسد ارائه درخواست اقاله مشتری به بانک و همچنین اقدام وی در جهت اجرای شرایط بانک، ظاهراً به منزله رضایت متقاضی برای انجام این معامله باشد و شاید بتوان در حالتی سختگیرانه

تر و وجود حق انتخاب بین بد و بدتر، این معامله را اضطراری دانست. معمولاً مشتریان متقاضی اقاله، از نحوه محاسبات بانک و نرخ اعمال شده در این محاسبات بی اطلاع هستند. اینگونه مشتریان ناچارند به نتیجه این محاسبات تن داده و مبالغ اعلامی از سوی بانک را پرداخت کنند. آنچه مسلم است این است که مشتری بانک در این حالت، بین پذیرش پرداخت مبلغی بیشتر از ثمن، و یا از دست دادن ملک و سرپناه خود، حق انتخاب دارد. در این بین بانک نیز، بنا به تکلیف قانونی با جمع شرایط مقرر مذکور، مکلف به پذیرش درخواست اقاله بوده و علی‌الاصول رضایت یا عدم رضایت بانک مطرح نمی‌باشد.

۴-۲- تأثیر اقاله بر عملیات بانکی

در راستای بازپرداخت تسهیلات بانکی، در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی از سوی مشتری یا راهنین و عدم وصول مطالبات بانک، به استناد ماده ۳۴ قانون ثبت و همچنین در اجرای آئین نامه مفاد اسناد رسمی، بانک‌ها ناگزیر از اقدام اجرائی و پیگیری فرایند عملیات اجراء می‌باشند. در این فرایند، با انجام مزایده و در صورت نبود خریدار ملک مورد وثیقه، با تنظیم سند انتقال اجرائی، به تملک بانک در می‌آید. در حال حاضر، تعداد املاک تملیک شده توسط بانک‌ها، در اجرای ماده ۳۴ سابق قانون ثبت بسیارند. تملیک این املاک، منجر به تبدیل سرمایه‌های نقدی قابل توجه بانک‌ها به ملک، بلوکه و راکد شدن سرمایه آنها و همچنین خروج سرمایه‌های مزبور از چرخه عملیات بانکی و سودآوری است.

براساس مقررات سابق، بانک‌ها مکلف بودند ظرف دو سال پس از تملیک برای فروش این املاک در چارچوب قوانین و مقررات موجود (دستورالعمل فروش اموال تملیکی) از طریق مزایده اقدام کنند. در حال حاضر نیز بموجب بند "الف" ماده ۱۶ رفع موانع تولید رقابت پذیر: «کلیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری موظفند از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون تا مدت سه سال سالانه حداقل سی و سه درصد (۳۳٪) اموال خود اعم از منقول، غیرمنقول و سرقفلی را که به تملک آنها و شرکت‌های تابعه آنها درآمده است و به تشخیص شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مازاد می‌باشد، واگذار کنند». علیرغم آگهی‌های مزایده متعدد، به علت عدم فقدان فرهنگ خرید این املاک در کشور ما (با توجه اینکه مردم رغبت به خرید این گونه از املاک که ممکن است به تصور آن‌ها مصادره‌ای باشد ندارند، معمولاً در جلسات فروش و مزایده این املاک، به نسبت مشتری

کمتری حضور دارند)، بانک‌ها مواجه با معضل بزرگی به نام تجمیع املاک تملیکی خود هستند که فاقد خریدارند و صرفاً می‌توانند منشاء هزینه برای آنها باشند. تبدیل آنها به سرمایه‌های نقدی، موجب جلوگیری از افزایش هزینه‌ها، برگشت منابع ارزشمند و سودآور است. این تبدیل به دو طریق امکان‌پذیر می‌باشد؛ از طریق انجام مزایده و فروش، یا از طریق اقاله.

بنابراین اثر اقاله این املاک برای بانک‌ها، برگشت منابع ارزشمندی است که بصورت راکد و غیرقابل استفاده برای آنها بوده مضافاً اینکه، در صورت پذیرش و تحقق اقاله، بانک‌ها نیاز به پرداخت هزینه‌های سنگین نگاهداری از این املاک نمی‌باشند. اثر مهم دیگر اقاله برگشت سرپناه مشتریان بانک‌ها و بخصوص راهنین ثالثی است که از روی احسان اقدام به ترهین ملک خود برای اخذ تسهیلات توسط وام‌گیرندگان نموده‌اند.

۳- تبیین تشخیص مطالبات بانک‌ها و محاسبه بدهی مشتری در اقاله براساس مقررات بانکی

پس از ارائه درخواست اقاله توسط مشتری بانک یا راهن و با عنایت به تکلیف بانک‌ها به پذیرش درخواست اقاله بنا به مطالب پیش گفته، فرایند اقدامات بانک در اجرای مقررات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و مقررات داخلی بانک در این زمینه شروع می‌شود. همانطور که گفته شد باستناد مصوبه شورای عالی بانک‌ها و بخشنامه‌های بانک مرکزی که مقرر داشته است: «چنانچه وثایق تملیکی بانک‌ها املاک مسکونی باشد، بانک‌ها موظفند در صورت تقاضای مالک یا قائم مقام یا وکیل وی، معامله را اقاله نمایند به شرط اینکه عین ملک در مالکیت بانک باشد، کلیه مطالبات و متفرعات متعلقه تا زمان اقاله وصول شده باشد و ملک مسکونی مورد اقاله تنها مایملک مسکونی متقاضی باشد».

پذیرش اقاله با فرض عدم فروش مورد وثیقه منوط به پرداخت کل مطالبات و متفرعات متعلقه بانک اعم از «اصل»، «سود» و «جرائم مترتبه» خواهد بود. برای تبیین هر چه بیشتر موضوع عناوین اصل بدهی، سود و جرائم مترتبه را مورد شناسایی قرار می‌دهیم:

۳-۱- اصل بدهی در تسهیلات پرداختی بانک‌ها

اصل بدهی در واقع دقیقاً همان مبلغ پرداختی بابت تسهیلات و در روز پرداخت آن است. نکته حائز اهمیت دقیقاً در این مرحله از این فرایند اقاله قرار دارد. مسلماً اصل بدهی براساس دفاتر و اسناد

بانک می‌بایست مشخص و روشن باشد. حال آنکه به نظر می‌رسد چنین نباشد. برای روشن شدن موضوع، اصل بدهی مشتری / راهن را در دو نوع عقود مبادله ای و مشارکتی مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱-۱-۳- اصل بدهی در عقود مشارکتی

معاملات یا عقود مشارکتی؛ (زنگباری، ۱۳۹۶/۲: ۲۷) عقودی هستند که دو طرف قرارداد در چارچوب موضوع عقد با یکدیگر فعالیت و مشارکت دارند. از عقود انتفاعی‌اند، سود در حین عقد مشخص نیست و سود، انتظاری است (در واقع سود در این دسته از عقود و معاملات در پایان دوره عقد و با پایان رسیدن موضوع محاسبه و مشخص می‌شود. برای مثال در عقد مشارکت مدنی و مضاربه که از قالب های مورد استفاده بانک ها در پرداخت تسهیلات هستند؛ شناسایی و تشخیص سود پس از انجام عمل مضاربه و اتمام موضوع مشارکت قابل محاسبه خواهد بود. مثلا در مضاربه یا موضوع مشارکت در امر بازرگانی و در خصوص خرید و فروش یک تن برنج. در اینجا تعیین و شناسایی سود پس از خرید برنج و فروش آن، چه در قالب مضاربه و یا قالب مشارکت مدنی، پس از فروش و در صورت وجود، سود قابل شناسایی و تشخیص خواهد بود. از این جهت سود در این عقود انتظاری است). رابطه بانک و مشتری در این عقود، رابطه شریک با شریک یا صاحب سرمایه با عامل است. نیاز به کنترل مستمر دارد و بانک مسئول عواقب اقتصادی پروژه است؛ نظیر عقد های شرکتی و مضاربه که هر دو در سود و زیان با یکدیگر شریکند مگر در قرارداد شرطی غیر از این شده باشد.

با توجه به مراتب اصل بدهی در عقود مشارکتی، اصل سرمایه پرداختی بانک و یا به عبارت دیگر اصل مبلغ واریز شده به حساب مشتری، در عقد مضاربه و یا آورده بانک در عقد مشارکت مدنی است.

تا قبل از صدور و ابلاغ بخشنامه شماره م/ب/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۱/۱۵ مدیریت کل نظارت بر بانک ها و موسسات اعتباری اداره مطالعات و مقررات بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ها به ترتیب مذکور اصل بدهی را شناسایی و اعلام می‌کردند. اما پس از صدور و ابلاغ بخشنامه فوق الاشعار، بانک مرکزی به بانک ها اعلام نمود؛ «نظر باینکه در خصوص محاسبه وجه التزام در قراردادهای تسهیلات اعطایی، عبارت «اصل مانده بدهی» مذکور در بخشنامه شماره نب/۱۴۰۰ مورخ ۱۳۶۹/۴/۲۶ این بانک با ابهاماتی مواجه گردیده و ...»، نحوه شناسایی اصل مانده بدهی بانک ها

باستناد بند «ب» این بخشنامه تغییر کرد. در این بند از بخشنامه مقرر شده است: «از آنجایی که مشتری بانک در عقود مشارکتی بدهکار بانک نمی باشد بلکه شریک آن است و عین مبلغی که از بانک دریافت می نماید (اصل سهم الشرکه بانک) کماکان متعلق به بانک می باشد، لذا هر گونه ارزش افزوده و یا تبدیلی که بر اصل سهم الشرکه بانک ایجاد شود، متعلق به بانک است. از این رو نسبت به مبلغ تسهیلات و فوائد مترتب بر آن قابل محاسبه می باشد»،

بدین ترتیب و براساس بند «ب» بخشنامه مذکور، سود دوران مشارکت و یا مضاربه صرف نظر از اینکه تحقق یافته باشد یا نه، در سررسید قرارداد، جزء بدهی مسلم مشتری احتساب و این سود به اصل تسهیلات پرداختی اضافه و مجموع مبالغ یاد شده به عنوان «اصل طلب» تلقی و ماخذ محاسبه وجه التزام قرار گرفت.

بدیهی است اصل طلب بانک با التفات به بخشنامه بانک مرکزی عبارت است از؛ اصل مبلغ پرداختی بانک در روز پرداخت تسهیلات به مشتری، بعلاوه سود دوران مشارکت یا مضاربه!

بنابراین براساس بخشنامه یاد شده، صرف نظر از اینکه موضوع عقد انجام پذیرفته باشد یا نه و صرف نظر از اینکه ماحصل قرارداد سود باشد یا زیان، مبنای محاسبه وجه التزام (نرخ سود بعلاوه عدرد) پس از سررسید قرارداد، مجموع اصل سرمایه بعلاوه سود دوران مشارکت یا مضاربه می باشد. مشخص است در این حالت اصل بدهی مشتمل بر اصل سرمایه و سود خواهد بود. بدین ترتیب این مبلغ ماخذ محاسبه خسارت تاخیر و به نوعی دریافت سود و خسارت تاخیر از سود و ربح مرکب است. به نظر نگارنده علی الاصول این نحوه تعیین و تشخیص اصل طلب نه قانونی است و نه از نظر شرعی قابل پذیرش است.

۲-۱-۳- اصل بدهی در عقود غیر مشارکتی

عقود و معاملات غیر مشارکتی یا عقود مبادلاتی؛ (زنگباری، ۱۳۹۶، ۲۸) این عقود انتفاعی اند، سود معین و در حین قرارداد قطعی و مشخص است، رابطه بانک با مشتری رابطه بدهکار بستانکاری است. بانک مسئولیتی در قبال فعالیت مشتری ندارد و بعد از انعقاد صحیح قرارداد نیازی به نظارت نیست، نظیر نظیر بفروش اقساطی و اجاره بشرط تملیک و ...

در این دسته از عقود اصل مانده بدهی مشتری همان مانده طلب بانک پس از کسر اقساط در صورت پرداخت اقساط توسط مشتری می باشد.

۲-۳- شناسایی سود در عقود مشارکتی و مبادله ای

نظر به اینکه شناسایی سود در بهای مورد معامله اقاله، بسیار تاثیر گذار است و بدیهی است این شناسایی، واقعی بودن ارزش مورد معامله در اقاله را بدنبال دارد، لازم است نحوه چگونگی شناسایی سود و راستی آزمایشی آن را مورد بررسی قرار دهیم:

۱-۲-۳- شناسایی سود در عقود مشارکتی

به استناد قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعمل اجرایی این عقود، تعیین میزان سود در عقود مشارکتی به عهده شورای پول و اعتبار است. همانطور که گفته شد سود در این دسته از عقود انتظاری است و در پایان دوره یا انجام موضوع عقد و پس از حسابرسی قابل تشخیص می‌باشد که، متاسفانه اکثراً بانک‌ها این مقوله را نیز رعایت نمی‌نمایند و با لحاظ درصد نرخ به مراتب بالاتر از مصوبه شورای پول و اعتبار، اقدام به شناسایی و تشخیص سود، قبل از پرداخت تسهیلات می‌نمایند بدین ترتیب که، نرخ سود قبل از پرداخت تسهیلات مشخص و معین در نظر گرفته شده و این چالشی سنگین در عملیات بانکی بانک‌ها و علت اصلی ایجاد دعاوی بی شمار علیه بانک‌ها می‌باشد.

چالش دیگر در شناسایی سود در این دسته عقود، نحوه اعلام نرخ سود سالانه توسط شورای پول و اعتبار در بسته‌های سیاستی نظارتی بانک مرکزی است. به نظر می‌رسد اشکال هم در طریق اعلام و هم، در برداشت از نحوه اعلام است. بدین ترتیب که شورای پول و اعتبار نرخ سود عقود مشارکتی را، بعضاً در سال‌های گذشته، تحت عنوان «حداقل سود مورد انتظار» اعلام نموده است و در بعضی از سال‌های دیگر، دامنه نرخ سود برای تعیین سود اعلام نموده است مثلاً؛ «دامنه نرخ سود در سال ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۳ بین ۱۸ تا ۲۱ درصد» اعلام شده است^۱ (تا سال ۱۳۸۵ و در سیاست گذاری مربوط به نرخ‌های سود بانکی، تفکیکی شفاف میان نرخ‌های سود عقود مبادله‌ای و مشارکتی وجود نداشت و نرخ‌های اعلامی عمدتاً به تفکیک بخش‌های اقتصادی اعلام می‌گردید، لیکن پس از تصویب «قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی»، نرخ‌های سود تسهیلات توسط سیاست‌گذار پولی به تفکیک عقود مبادل‌های و مشارکتی به بانکها ابلاغ شده است. در عین حال، از آن‌جا که از سال ۱۳۶۳ و بر مبنای قانون

۱. بسته‌های سیاستی نظارتی سال‌های ۱۳۹۰ لغایت ۱۳۹۳ بانک مرکزی.

«عملیات بانکی بدون ربا» (بهره)، بانک‌ها مکلف به پرداخت تسهیلات به تمامی بخش‌های اقتصادی در قالب عقود مبادله‌ای و مشارکتی بوده‌اند، از اینرو، عبارتی تحت عنوان «حداقل نرخ سود مورد انتظار تسهیلات در عقود مشارکتی» برای سال‌هایی بدین ترتیب اعلام شده و همچنین طی سال‌های دیگر نظیر سال ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۳ تحت عنوان دامنه نرخ سود بشرح فوق قابلیت کاربرد پیدا کرده است).

اولین اشکال؛ در نحوه اعلام نرخ سود سالانه از طرف شورای پول و اعتبار این است که، این شورا و بانک مرکزی، عملاً و به نحو روشن و شفاف چگونگی اعمال این نرخ را برای بانک‌ها تعریف و سیاست‌گذاری نکرده‌اند. بنابراین و بدین ترتیب دست بانک‌های خاکی و سودجو برای سوء استفاده از این نحوه اقدام باز گذاشته شده که پیامد آن برهم زدن نظم اقتصادی جامعه، از بین بردن ارزش پول ملی و بوجود آوردن اختلافات و دعاوی بی‌شمار علیه بانک‌ها در محاکم قضایی است.

اشکال دوم؛ سوء برداشت بانک‌ها از نحوه اعلام نرخ سود، تحت عنوان «حداقل سود مورد انتظار» است. مثلاً، شورای پول و اعتبار نرخ سود در عقود مشارکتی طی سال ۱۳۹۳ را «حداقل سود مورد انتظار ۲۱ درصد» تعیین نموده است. تعیین و اعلام نرخ سود بدین شکل، این توهم را در بعضی از بانک‌ها بوجود آورده است که؛ این نرخ «حداقل» است و بنابراین آن‌ها مجاز خواهند بود تا بتوانند نرخ بالاتری را در قرارداد و پرداخت تسهیلات در قالب عقود مشارکتی اعمال و محاسبه نمایند. بدیهی است این توهم و تصور کاملاً غلط و به جهات مختلف برخلاف نظم عمومی و اقتصادی جامعه است. دلیل این مدعا این است که اولاً؛ در عقود مشارکتی شورای پول و اعتبار نمی‌تواند نرخ مشخص و معین اعلام نماید چرا که، در این صورت قطعاً این معاملات ربوی خواهند بود و بدین ترتیب این شورا، ناگزیر از استفاده از عبارت «حداقل سود مورد انتظار» است و

ثانیاً؛ استفاده از این عبارت به این جهت است که بانک‌ها مجاز به پرداخت تسهیلات با نرخ کمتر از نرخ اعلام شده نیستند به این دلیل که، پرداخت تسهیلات با نرخ کمتر از حداقل سود مورد انتظار، متضرر شدن سهامداران را در پی خواهد داشت مضافاً اینکه، استفاده از این نرخ در محاسبات سود و تسهیلات، برابر با ارزش کارشناسی پول در سال پرداخت تسهیلات است.

۲-۳- شناسایی سود در عقود مبادله‌ای یا غیر مشارکتی

همانند عقود مشارکتی و براساس قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعمل اجرایی این عقود،

تعیین میزان سود عقود غیرمشارکتی، به عهده شورای پول و اعتبار است. در این عقود با توجه به ماهیت این عقود نظیر فروش اقساطی، مرابحه، اجاره بشرط تملیک و سود معاملات مذکور در زمان پرداخت تسهیلات معین و مشخص می شود. شایان ذکر است، تعیین نرخ سود قطعی در زمان پرداخت تسهیلات بانکی، در این دسته از عقود و معاملات، برخلاف عقود مشارکتی منع شرعی و قانونی ندارد.

۳-۳- شناسایی جرائم مترتبه یا وجه التزام (خسارت تاخیر)

منظور از وجه التزام در قراردادهای عقود موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا، مبلغی مازاد بر سود تسهیلات پرداختی است تا انگیزه ای برای بازپرداخت تسهیلات توسط مشتریان باشد. درج شرط اخذ وجه التزام در کلیه قراردادهای موضوع تسهیلات بانکی، مشروط بر اینکه نرخ وجه التزام، مشخص و معین باشد و میزان آن در قرارداد تصریح شده و به امضای طرفین نیز رسیده باشد مجاز شمرده شده است. ماخذ یا نرخ وجه التزام معادل نرخ سود بعلاوه شش درصد است. مثلاً، براساس مصوبه شورای پول و اعتبار نرخ سود در عقود مبادله ای نظیر فروش اقساطی ۱۸ درصد اعلام می-شود. وجه التزام در قرارداد فروش اقساطی مزبور $۶ + ۱۸$ معادل ۲۴ درصد به نسبت مانده بدهی در سال ضمن قرارداد شرط و در صورت تاخیر در پرداخت بدهی محاسبه و اخذ می‌شود.

۴- عملکرد بانک‌ها در محاسبه بدهی مشتری در اقاله

با مذاقه در مطالب پیش گفته فوق در می‌یابیم و به ضرس قاطع می‌توان اظهار نظر نمود که عملاً بهای مورد معامله ملک تملیک شده در اقاله‌های صورت گرفته توسط بانک‌ها نمی‌تواند صحیح باشد. اصل بدهی در عقود مشارکتی مخدوش است، سود؛ با نرخ‌های متنوع غیر قانونی و غیر شرعی محاسبه شده و به تبع آن وجه التزام یا جرائم مترتبه غیر واقعیند مضافاً اینکه، به نظر نگارنده، عملکرد بانک‌ها در اجرای اقاله، با نظرات فقهی ارائه شده در این مقاله به هیچ وجه تطابق ندارد.

۴-۱- اجرای اقاله در نظام بانکی

در اجرای اقاله، تقریباً بانک‌ها در خصوص محاسبه بدهی مشتری روش یکسانی را اعمال می-نمایند. نحوه محاسبه آن‌ها به این طریق است که فرض می‌کنند ملک تملیک نشده و میزان بدهی را از زمان پرداخت تسهیلات تا زمان اقاله که زمان تسویه نیز می‌باشد، به نسبت اصل تا سررسید و به نسبت اصل، سود و خسارات تأخیر متعلقه پس از سررسید محاسبه می‌نمایند، خواه ملک پس از

تملیک در تصرف مشتری باشد یا نباشد(بدهی فرضی). در این خصوص موارد ذیل قابل تأمل است:

۱-۱-۴- احتساب سود سرمایه بلا استفاده ناشی از عدم بازپرداخت مطالبات

توسط بانک ها

مدیران و سیاست گذاران برخی از بانک ها معتقدند؛ از زمان پرداخت تسهیلات سرمایه بانک به دلیل عدم بازپرداخت اقساط و مطالبات بلا استفاده و معطل مانده(سرمایه بانک) و بدیهی است این مشتری باید عواقب این امر را پذیرفته و خسارات سرمایه معطل شده بانک را جبران نماید. به نظر می‌رسد این ایده با نظام سرمایه داری و بانکداری کلاسیک تناسب و سنخیت کامل داشته باشد. «(زنگباری، ۱۳۹۶، ۶۹).

در بانکداری بدون ربا، قراردادها و عقود مربوط، اصل بر این است که عامل زمان نمی‌تواند تاثیری در افزایش «اصل بدهی» بدهکار داشته باشد و فقط در صورت اندراج شرط خسارت تاخیر تادیه و یا وجه التزام بشکل صحیح و قانونی است که به ازای هر روز تاخیر در پرداخت، موجب افزایش بدهی از این بابت می‌شود.

موید ادعای فوق، قاعده ممنوعیت اکل مال بالباطل است. این قاعده یکی از قواعد مطرح در حقوق اسلامی است و براساس آیات متعددی از قرآن کریم است که، اکل مال بالباطل تحریم شده است. آیه ۲۹ از سوره نساء، یکی از این آیات است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال همدیگر را به ناروا نخورید مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما انجام گرفته باشد»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل و از طرق نامشروع نخورید؛ بنابراین، هرگونه تجاوز، تقلب، غش، معاملات ربوی، معاملاتی که حد و حدود آن کاملاً مشخص نباشد، خرید و فروش اجناسی که فایده منطقی و عقلایی در آن نباشد، خرید و فروش وسایل فساد و گناه، همه در تحت این قانون کلی قراردارد.

یکی از صور اکل مال بالباطل، گرفتن سود در قبال تمدید مدت بدهی یا افزایش مدت بدهی است. از نظر قواعد فقهی، اصولاً سود باید حاصل از فعالیت اقتصادی و باید از قرارداد مرتبط با فعالیت

۱. قرآن کریم، آیه شریفه ۲۹ از سوره نساء.

اقتصادی نشأت بگیرد. مثلاً تولیدی صورت بگیرد، ارزش افزوده ای ایجاد شود، سود به ترتیب مذکور شکل گرفته و بوجود می‌آید. یا فعالیت تجاری خرید و فروش انجام شود و از محل خرید و فروش سود بوجود بیاید. اما صرف گذشت زمان و اعطای مهلت در مقابل دریافت سود امری است باطل و این همان ربای جاهلی است که قبل از اسلام مرسوم بوده است. لذا، افزودن مبلغ بدهی در مقابل افزایش مدت بدهی از مصادیق ربای جاهلی و اکل مال بالباطل است.

بنابراین، استناد مدیران و سیاست‌گذاران بانکی به معطل ماندن سرمایه و سپری شدن زمان، دلیل موجه و قانونی برای اخذ سود بیشتر و افزایش اصل بدهی بدهکار نمی‌باشد.

۲-۱-۴- احتساب ارزش افزوده ناشی از افزایش بهای مسکن به نفع بانک

از طرفی مدیران و سیاستگذاران برخی از بانک‌ها معتقدند؛ در اقاله ارزش افزوده ناشی از افزایش بهای مسکن نیز بایستی به حساب و به نفع بانک منظور گردد. برای روشن شدن این موضوع شرط افزایش یا کاهش ثمن در اقاله از نظر فقه و قانون مدنی را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۲-۴- شرط فزونی و کاستی ثمن در اقاله در فقه

الف: فقیهان حنفی و پیروان ابوحنیفه که اقاله را در حق متعاقدان، فسخ برمی‌شمردند و درباره شخص ثالث بیع جدید می‌دانند معتقدند اگر متعاقدان بیع یا عقدی را اقاله کنند، بدین شرط که چیزی بر ثمن افزوده شود و یا از آن کاسته گردد و یا آن که در عوض ثمن جنس دیگری برگردانده شود و یا به هنگام اقاله برای پرداخت ثمن مهلتی بگذارند، در این صورت با همان ثمن نخستین صحیح خواهد بود و شروطی که متعاقدان گذارده اند مانند: شرط فزونی، کاستی، مهلت و اجل و شرط تبدیل و دادن جنس دیگر که متعاقدان گذارده اند، همه باطل است زیرا اقاله در حق متعاقدان فسخ عقد شمرده می‌شود و عقد نیز با ثمن نخستین واقع می‌گردد که دو طرف بدان نظر داشته‌اند. حال اگر به بیش و یا کمتر از آن توافق کنند، این توافقشان باطل است و باید همان ثمن نخستین را به هنگام اقاله رد و بدل کنند. در تحلیلی دیگر، به نقل از ابوحنیفه علت بطلان شرط چنین گفته شده است مقتضای اقاله این است که همان ثمن مورد معامله به ملکیت فرد باز گردد، در حالی که شرط مخالف مقتضای اقاله است. بنابراین، شرط باطل خواهد بود (المعنی، ۱۳۸۸ه.ق، ۲۴۴).

ب: فقیهان مالکی که اقاله را بیع می‌دانند، چنین شروطی را هم صحیح می‌دانند. برای نمونه، اگر چیزی به صد دینار فروخته شود و سپس، فروشنده پشیمان از خریدار برگشت آن چیز را بخواهد و

شرط کند که اگر مبیع را بازپس دهد، بدو ده دینار را بپردازد، این شرط صحیح خواهد بود، زیرا اقاله بیع جدید است (نجفی، ۵۱۳۱۴، ق، ۳۵۳).

ج: فقیهان شافعی، حنبلی و بویژه امامی که اقاله را فسخ می‌دانند، این مهم را به گونه ای دیگر برتابیده اند. این دسته از فقیهان بر آنند که اگر چنین شرطی به هنگام اقاله مقرر شود، اقاله باطل می‌گردد (همان). و اما در میان امامیه، جز یک نظر مخالف که شرط را درست می‌داند، هر دسته از فقیهان توجیهی را برای بطلان و نادرستی چنین شرطی بیان کرده اند که در ادامه می‌آید:

د: شهید در حواشی خود از ابن جنید اسکافی می‌آورد: «اگر دادوستد کننده به گرفتن افزون بر ثمن یا کمتر از آن با یکدیگر مصالحه کنند، این شرط صحیح است» (نوری، ۵۱۳۲۰، ق، ۷۲). این استدلال، در برابر نظر اکثر فقیهان وامانده است زیرا آنان اقاله را فسخ بیع بر می‌شمردند نه بیع جدید. بنابراین، در ضمن آن نمی‌توان شرط کرد و دو طرف نمی‌توانند با یکدیگر مصالحه کنند. افزون بر این، خبر خاصی از صحیح حلبی در این باب وارد شده که چنین شرطی را روا نمی‌داند. از امام صادق (ع) پرسیدند: مردی از دیگری پیراهنی می‌خرد، سپس پشیمان می‌شود و می‌خواهد آن را به صاحبش باز پس دهد ولی فروشنده از گرفتن آن چیز خودداری می‌کند و تنها با گرفتن مبلغی بیش از ثمن آن را پس خواهد گرفت. آیا این درست است؟ امام در پاسخ می‌فرماید: این شرط درست نیست «لایجوز له أن يأخذ بوضیعة» (نجفی، منبع پیشین، ۳۵۳). و سرانجام گفته شده است که فقیهان بر بطلان چنین شرطی اجماع دارند (همان). گویا ابن جنید بر پایه دیدگاه فقیهان حنفی که اقاله را بیع جدید می‌دانند، این نظریه را بیان کرده است. بنابراین، بر پایه دیدگاه فقیهان امامی که اقاله را فسخ عقد می‌دانند، بی شک این شرط جایز نبوده و باطل است (همان).

ه: گروهی که شرط بالا را باطل می‌دانند، درباره علت و چرایی نادرستی شرط اختلاف نظر دارند. دسته ای به علت آن که خلاف مقتضای اقاله است، شرط را باطل دانسته اند. این دسته می‌گویند از آنجا که اقاله فسخ است و مقتضای اقاله بازگشت هر عوض به مالک آن است، پس اگر در اقاله شرط فزونی یا کاستی درباره یکی از عوضین گنجانده شود، این شرط مخالف مقتضای اقاله و باطل خواهد بود و به بطلان اقاله خواهد انجامید زیرا دو طرف، با توجه به شرط یاد شده، بر فسخ توافق کرده اند و بدان شرط توجه نموده اند. حال که این شرط باطل و مبطل اقاله است، مبیع فروخته شده در ملکیت مشتری می‌ماند. این دسته از صاحب نظران، میان شرط فزونی عینی مانند گرفتن مبلغی پول یا مالی

به هنگام اقاله و شرط فزونی حکمی مانند مهلت دادن مشتری به بایع برای بازگرداندن ثمن هیچ تفاوتی نگذارده اند و هر دو گونه شرط را باطل و موجب بطلان اقاله دانسته اند. بزرگانی چون علامه حلی در کتاب‌های تذکره الفقها و تحریر الاحکام محقق کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در مسالک الافهام از این دیدگاه پیروی کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۲۵۰).

و: دسته ای دیگر از فقیهان، همانگونه که معلوم بودن مبیع و موضوع معامله را شرط صحت بیع و معامله می‌دانند، عدم افزایش و کاهش عوضین را نیز شرط صحت اقاله برشمرده اند (همان، ۲۴۸). این دسته از صاحب نظران می‌گویند بنابراین، هرگاه بایع قبول اقاله را با دادن زیادتر از ثمن نماید و معامله را اقاله کند، این اقاله صحیح نیست زیرا شرط صحت اقاله نبودن زاید از ثمن می‌باشد و این شرط شرط صحت اقاله است (همان).

ز: دسته ای دیگر می‌گویند اگر مشتری برای درخواست اقاله، بیشتر از ثمن را به بایع بدهد تا وی به اقاله رضایت دهد، آنگاه اقاله صحیح خواهد بود، اما هزینه پرداختی افزون بر ثمن، ملک بایع نخواهد شد و بایع می‌بایست آن زیادی را به مشتری برگرداند. درباره این معنی باید دید که آیا فساد شرط در معاملات به فساد عقد می‌انجامد یا خیر؟ اگر فساد شرط را موجب فساد عقد بدانیم، بدین دلیل که برای صحت و سقم معاملات باید شارع اجازه دهد و شارع نیز اقاله ای را صحیح و موجب فساد عقد برمی‌شمرد که شرط زیادی یا نقصان ثمن در آن نشده باشد، چنین اقاله ای پذیرفته شرع نخواهد بود (همان).

ح: شیخ حرّ عاملی در کتاب وسائل الشیعه در مورد افزایش یا کاهش ثمن اقاله می‌گوید: «در ضمن اقاله نمی‌توان شرط کرد و دو طرف نمی‌توانند با یکدیگر مصالحه کنند. افزون بر این، خبر خاصی (صحیح حلبی) در این باب وارد شده که چنین شرطی را روا نمی‌داند؛ از امام صادق (ع) پرسیدند: «مردی از دیگری پیراهنی می‌خرد، سپس پشیمان می‌شود و می‌خواهد آن را به صاحبش باز پس دهد، ولی فروشنده از گرفتن آن چیز خودداری می‌کند و تنها با گرفتن مبلغی بیش از ثمن آن را پس خواهد گرفت. آیا این درست است؟ امام در پاسخ می‌فرمایند: این شرط درست نیست. «لایجوز له أن يأخذ بوضیعة» (عاملی، ۱۴۱۶، ۷۲۷۱).

ط: از علمای معاصر، مرحوم ایت اله سید محمود شاهرودی با استناد به حدیث «أقاله النادم إذا تفرقا من المجلس أو شرط عدم الخيار.» موضوع افزایش یا کاهش ثمن اقاله را در دو فرض بررسی

نموده اند (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۷۴، ۸۴):

فرض نخست: اقاله همراه افزایش یا کاهش عوض یا معوض بدون شرط:

این نوع اقاله محکوم به بطلان است و تنها مخالف مورد اشاره، ابن جنید اسکافی فقیه متقدم است که شهید اول او را مخالف بطلان اقاله، قلمداد کرده است که شاید مبنای مخالفتش دیدگاه او که متأثر از برخی علمای اهل سنت است می‌باشد که براساس آن، اقاله به نوعی بیع تفسیر می‌گردد. به هر حال دلیل بطلان این اقاله مبتنی برماهیت فسخی آن، به این شرح تقریر می‌گردد: «اقاله، منحصرأ موجب برهم خوردن عقد و زوال آثار آن و بازگشت هریک از عوضین به مالک پیش از عقد (در عقود معوض) است. بنابراین اقاله، تملک نیست تا در ضمن آن مال زاید بر ثمن به خریدار تملیک گردد یا بخشی از ثمن به فروشنده واگذار شود.»

فرض دوم: اقاله همراه شرط افزایش یا کاهش عوض یا معوض:

شرط مذکور با مقتضای اقاله مخالف است که به طور حتم یکی از عوامل بطلان شرط همین منافات می‌باشد. قانون مدنی نیز شرط مخالف با مقتضای عقد را باطل و موجب بطلان عقد می‌داند. مقتضای اقاله، برهم زدن عقد است و تضادی که ملاک بطلان در شرط خلاف مقتضاست با شرط دادن اضافه، حاصل نمی‌شود. اقاله فقط انحلال عقد نیست بلکه بازگرداندن دو عوض به جای پیشین خود نیز ملازم آن است. اقاله، صلاحیت بازگرداندن همان دو عوض را دارد و اگر از آن فراتر رود یعنی اگر دو طرف سببی برپا دارند که تملیک اضافی را با آن انجام دهند دیگر اقاله نیست، معامله است. البته ما معتقدیم که طرفین می‌توانند به همان نتیجه (افزایش یا کاهش عوضین) با همراه کردن عقد یا ایقاعی با اقاله، برسند، اما این دیگر اقاله و تعدیل قرارداد قبلی نخواهد بود، بلکه عقدی جدید محسوب خواهد شد.

ی: حضرت آیت اله شیخ محمد اسحاق فیاض در رساله خود و در (مسأله ۱۵۹۲) می‌فرماید:»

اقاله با زیاد کردن بر ثمن، یا مثنی یا کم کردن، جایز نبوده و باطل است.»

شایان ذکر است عملکرد بانک‌ها در اجرای اقاله هیچ وجه تشابهی با هیچیک از نظرات فقهی مذکور ندارد.

۳-۴- شرط فزونی و کاستی در ثمن اقاله در حقوق مدنی ایران

در اقاله شرط زیاده و نقصان در یکی از عوضین از میزانی که هنگام عقد بوده است موجب

بطلان اقاله است، مثلاً: فروشنده و خریدار کالا توافق کنند که فروشنده با کم کردن مبلغی از ثمن معامله، آن را به خریدار پرداخته و کالای خود را پس بگیرد و یا خریدار کالا در برابر درخواست اقاله از طرف فروشنده، با او توافق کند که در برابر برگرداندن کالا، فروشنده ۲۰٪ به ثمنی که دریافت کرده است، اضافه کرده و به خریدار بپردازد. بنا بر این، اگر در اقاله شرط زیادی ثمن یا مثنی نمایند، چون این شرط بر خلاف مقتضی اقاله است، باطل، و مبطل اصل اقاله است؛ زیرا حقیقت اقاله فسخ عقد و بازگرداندن عوضین به مالک اصلی است و اگر شرط زیاده شود بر خلاف مقتضی اقاله خواهد بود. بعلاوه، صحیح‌ه حلبی از امام صادق علیه السلام نیز بر این مطلب دلالت دارد (طاهری، ۱۴۱۸، ۱۶۵).

همانطور که ذکر گردید اقاله توافق و تراضی طرفین برای برهم زدن معامله است. دو طرف عقد به هنگام اقاله معامله جدیدی را نمی‌خواهند برپا دارند بلکه می‌خواهند همه آثار عقد به وضعیت نخستین خود بازگردد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲). مستفاد از این تعریف می‌توان اقاله را اعاده وضعیت قبل از انعقاد معامله دانست. بنابراین با افزایش و یا کاهش ثمن معامله اعاده وضعیت سابق امکان پذیر نخواهد بود. بدین ترتیب، کاستن و افزودن دو عوض با مقتضای اقاله مخالف است و ماهیت آن را تغییر می‌دهد و ممکن است چنین شرطی سبب بطلان اقاله یا تبدیل آن به عقد معوض دیگر شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۲۴۸).

۴-۴- نمائت و منافع مورد معامله در اقاله

الف: به استناد ماده ۲۸۷ قانون مدنی، منافع متصله، ارزش افزوده ناشی از افزایش قیمت برای مالک است. این ماده مقرر می‌دارد: «نمائت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود، مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمائت متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود». بنابراین آنچه بر اثر گذشت زمان و با وجود تورم موجب ایجاد ارزش اضافی برای ملک شده است منفعت متصله و بموجب مقرر مذکور این منفعت متعلق به کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود. بنابراین برخلاف نظر مدیران و سیاست‌گذاران بانک‌ها، ارزش افزوده ناشی از افزایش بهای مسکن به حساب و به نفع بانک قابل احتساب نخواهد بود.

ب: مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۲۸۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب

عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود».

به نظر می‌رسد براساس مفهوم مخالف ماده یاد شده، در صورتی که فزونی ناشی از حاصل کار و دسترنج مالک بعد از عقد نباشد، مستحق زیاده نخواهد بود و توافق در خصوص موضوع نیز به جهت عدم تجویز زیاد یا کاهش ثمن امکان پذیر نمی‌باشد.

از سوی دیگر با توجه به اینکه قیمت تمام شده ملک مورد وثیقه تملیک شده، طبق دفاتر بانک برابر است با مجموع اصل تسهیلات پرداختی، سود، خسارات تأخیر تادیه مطابق قراردادهای منعقدہ بعلاوه هزینه های قانونی نظیر حقوق دولتی نیم عشر و... تا زمان تملیک می‌باشد و بلافاصله پس از تملیک با صدور سند حسابداری و ثبت آن در سیستم می‌بایست حساب مطالبات به طرفیت حساب اموال غیر منقول بانک تسویه گردد، لذا در این حال بر اساس اسناد و دفاتر بانک راهن مشتری فاقد مانده بدهی نزد بانک بوده و بنابراین وصول هر گونه سود و خسارات تأخیر تادیه از این زمان (تاریخ تملیک) تا روز اقاله با توجه به موارد پیش گفته مخالف قانون و فاقد توجیه فقهی و حقوقی است. در این صورت می‌توان با استناد به ماده ۱۴ قانون تجارت که اسناد و دفاتر تاجر بانک، له و علیه او در امور تجاری در محاکم قابل استناد هستند، اخذ هر گونه وجه پس از تسویه حساب مطالبات و تملیک را مغایر با قانون قلمداد نموده و مسترد نمود. از جانب دیگر ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی نیز مرتکب محاسبه و اخذ وجوه من غیر حق و برخلاف قانون را مستحق مجازات دانسته است. این ماده مقرر می‌دارد: «هر یک از مسئولین دولتی و مستخدمین و مأمورینی که مأمور تشخیص یا تعیین یا محاسبه یا وصول وجه یا مالی به نفع دولت است، بر خلاف قانون یا زیاده بر مقررات قانونی اقدام و وجه یا مالی اخذ یا امر به اخذ آن نماید، به حبس از دو ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. مجازات مذکور در این ماده در مورد مسئولین و مأمورین شهرداری نیز مجری است و در هر حال آنچه برخلاف قانون و مقررات اخذ نموده است، به ذیحق مسترد می‌گردد.»

۵-۴- مبالغ قابل وصول در عملیات اقاله بانکی

با امعان نظر به مطالب فوق و با مذاقه در قوانین و مقررات مرتبط، مبالغی که قانونا قابل وصول می‌باشند عبارتند از:

الف) اصل طلب؛ مقصود از اصل طلب اصل سرمایه پرداخت شده به مشتری هنگام پرداخت تسهیلات است.

ب) سود؛ سود عبارت است از مبلغ محاسبه شده به ماخذ نرخ مقرر و مصوب شورای پول و اعتبار، بدون هرگونه سوء برداشت از نحوه اعلام نرخ سود از منظر قانونگذار. براساس قراردادهای اعطای تسهیلات، سود به ماخذ نرخ مقرر و مصوب شورای پول و اعتبار تا تاریخ سررسید قرارداد به نسبت مبلغ قرارداد قابل مطالبه و وصل می باشد.

ج) خسارت تأخیر تأدیه یا وجه التزام؛ براساس شرط ضمن عقد و تصریح به میزان و نرخ معین و مشخص با توافق طرفین قرارداد مطابق نظر شورای نگهبان و بانک مرکزی از سررسید قرارداد اعطای تسهیلات تا زمامت تملیک ملک مورد وثیقه^۱.

د) هزینه های قانونی تا زمان تملیک؛ از زمان صدور اجرائیه و تا زمان تملیک مال یا ملک هزینه های قانونی نظیر نیم عشر(حق الزحمه اجرائی) و حق مزایده توسط بانک بستانکار به استناد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی پرداخت شده است که قانوناً باید مسترد شود.

ه) در صورتی که ملک تملیک شده در تصرف مشتری بوده، از زمان صدور سند مالکیت و تملیک قانونی ملک تا زمان اقاله مشتری/ راهن می بایست اجرت المثل اجاره را براساس نظر کارشناس رسمی دادگستری پرداخت نماید.

و) در صورت پرداخت هزینه نگهداری این مبالغ نیز طبق دفاتر بانک از مشتری قابل وصول است.

۶-۴- چگونگی وصول ثمن اقاله توسط بانک ها

به موجب مصوبات مورخ ۱۳۶۳/۷/۵ و ۱۳۶۹/۱۰/۱۲ مجمع عمومی بانک ها:

«چنانچه وثایق تملیکی بانک ها املاک مسکونی باشد، بانک ها موظفند در صورت تقاضای مالک یا قائم مقام یا وکیل وی، معامله را اقاله نمایند به شرط اینکه عین ملک در مالکیت بانک باشد، کلیه مطالبات و متفرعات متعلقه تا زمان اقاله وصول شده باشد و ملک مسکونی مورد اقاله تنها مایملک مسکونی متقاضی باشد».

ملاحظه می شود که شرط پذیرش اقاله و اجرای عملیات آن، ابتدائاً وصول نقدی ثمن اقاله، همراه با

۱. پس از تملیک ملک مورد وثیقه و با صدور اسناد حسابداری و ثبت اسناد مزبور در سرفصل های مربوط، ملک تملیک شده جزء دارایی های بانک درآمده و در مقابل این دارایی بدهی مشتری تسویه و در این تاریخ قرارداد اعطای تسهیلات خاتمه پیدا می کند. شایان ذکر است از این پس، امکان وصول وجه التزام یا خسارت تأخیر ناشی از قرارداد اعطای تسهیلات تسویه شده، به لحاظ عدم وجود رابطه قراردادی وجود نخواهد داشت. علاوه بر این، مانده بدهی مشتری پس از تملیک ملک مورد وثیقه، بموجب دفاتر بانک صفر خواهد بود و بدیهی است نسبت به این مانده بدهی تا زمان اقاله امکان محاسبه جریمه تأخیر وجود ندارد.

افزایش و به ترتیبی است که مذکور افتاد. بدیهی است تحت عنوان اقاله و پیامد آن، بانک‌ها مجاز به انعقاد قرارداد دیگری نمی‌باشند.

بدیهی است فروش اموال تملیکی با کارشناسی ملک و موافقت کمیسیون معاملات و از طریق مزایده بموجب سایر مقررات، عنوان اقاله ندارد و بیعی مستقل در چارچوب مقررات فروش اموال تملیکی و بحثی است خارج از موضوع که در جای خود قابل بررسی می‌باشد.

نتیجه و پیشنهادات:

اقاله یکی از راه‌های سقوط تعهدات است که در ماده ۲۶۴ قانون مدنی پس از وفای به عهد ذکر شده است. قانون مدنی ایران اقاله را یکی از موارد سقوط تعهدات شناخته و از حقوق متعاملین محسوب داشته و در ماده ۲۸۳ تصریح نموده که متعاملین می‌توانند با تراضی یکدیگر معامله را بر هم زنند و تفاسخ نمایند. بنابراین:

اقاله عبارت است از رضایت دهی دو طرف عقد به برهم زدن آن و از بین بردن آثار عقد، اقاله تفاسخ عقد است و موجب اسقاط آثار عقد می‌شود لذا، اقاله عقد است و باید از احکام و قواعد عمومی قراردادها برخوردار باشد.

اقاله اختصاص به بیع ندارد بلکه، همه عقود را جز آنهایی که دلیل خاص در مورد اقاله ناپذیری آنها وجود دارد، می‌توان اقاله کرد. اگر در ضمن اقاله شرط شود که مشتری فزون تر از ثمن و مضمن و یا کمتر از آن بپردازد، در مورد این شرط اختلاف نظر وجود دارد اما، اکثر فقهای امامیه و عامه معتقدند، شرط افزایش یا کاهش ثمن در اقاله جایز نمی‌باشد. هرچند گفته شده که اگر شرط درباره تعهد خارجی، چون انجام عمل و محل انعقاد عقد و... در دید عرف مسامحه می‌پذیرد مانند مهلت دادن جهت رد ثمن، که در این صورت شرط صحیح است. برخلاف آنچه نظر فقها می‌باشد تقریباً می‌توان گفت: در تمامی موارد اقاله صورت گرفته، بانک‌ها اقدام به اخذ مبالغ متنابهی مازاد بر ارزش واقعی و قانونی ثمن اقاله نموده‌اند.

در قوانین و مقررات بانکی صرفاً شرایط پذیرش درخواست اقاله بیان شده اما، در خصوص فرایند اجرای اقاله و ایجاد رویه واحد بانکی، مقررات مذکور ساکت می‌باشند. همچنین نحوه محاسبه «اصل بدهی مشتری/ راهن» در عقود مشارکتی براساس بخشنامه بانک مرکزی مطلقاً غیرقانونی و غیر شرعی است. علاوه بر آن نحوه اعلام سود از سوی شورای پول و اعتبار به گونه‌ای است که، موجب

سوء برداشت و یا سوء استفاده اکثر بانک‌ها قرار گرفته و به تبع موارد مذکور؛ عدم وجود روش صحیح محاسبه اصل بدهی، نحوه نادرست اعلام نرخ سود توسط شورای پول و اعتبار و همچنین طریق ناصحیح محاسبه وجه التزام(خسارت تاخیر تادیه) اثر مستقیم بر ثمن اقاله و غیر واقعی شدن آن داشته و بدین ترتیب موجبات تضییع حقوق اشخاص فراهم گردیده است.

در امور بانکی و با عنایت به شرائط بی ثباتی اقتصادی حاضر و در جهت تأمین و برآورده شدن هدفی که از حقوق داریم(تامین منافع اجتماعی)، به نظر نگارنده با تفسیر درست از قوانین و مقررات و برداشت صحیح از قواعد و مقررات فقهی و حقوقی، اقاله یکی از راهکارهای قانونی جهت برگرداندن و حفظ سرپناه بخصوص راهنین ثالث که از روی احسان اقدام به پذیرش ترهین مایملک خود نموده اند می‌باشد. با تأکید براینکه هم فقه و هم قانون ما این امر را تجویز نموده است که، این مهم در قالب اقاله امکان پذیر باشد، از این طریق، منابع بانکی نیز قابل برگشت بوده و اقاله می‌تواند یکی از راهکارهای سودمند وصول مطالبات بانک‌ها و جلوگیری از پرداخت هزینه‌های نگاهداری این املاک باشد. مهمتر اینکه این منابع برگشت شده، در جریان عملیات بانکی قرار گرفته و می‌تواند برای بانک‌ها از این جهت نیز سودآور باشد.

در پایان ضمن تشکر و قدردانی از کلیه اساتید محترم که اینجانب را در تهیه این مقاله یاری نمودند اضافه می‌نماید این مقاله حاصل بخشی از تحقیقات انجام شده مربوط به رساله دکتری ناصر زنگباری می‌باشد که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد محلات انجام شده است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- آهنگران، محمد رسول.(۱۳۹۸). کاستی‌های بانکداری اسلامی ایران با محوریت بایسته‌های آموزش و پژوهش فقهی. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. ش ۵۷.
- ۳- أبو محمد، موفق الدین.(۱۳۸۸ ه.ق). المغنی. دمشق: مکتبه القاهره.
- ۴- اصفهانی، محمدحسین.(۱۳۷۵) بحوث فی الفقه، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۵- اعتضاد بروجردی، محمد.(۱۳۸۱). اقاله. مجله کانون وکلای دادگستری. ش ۴.

- ۶- امامی، حسن. (۱۳۷۱). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
- ۷- الزحیلی، وهبه. (۱۴۱۷ ه.ق.). الفقه الاسلامی و ادلته. دمشق: کتابخانه مدرسه فقهت دارالفکر.
- ۸- جمعی از مولفان، (۱۳۷۵) فصلنامه فقه اهل بیت، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع).
- ۹- زنگباری، ناصر. (۱۳۹۴). حقوق بانکی. ج ۱. تهران: انتشارات جنگل.
- ۱۰- زنگباری، ناصر. (۱۳۹۴). حقوق بانکی. ج ۲. تهران: انتشارات جنگل.
- ۱۱- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱). حقوق مدنی سقوط تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
- ۱۲- شیخ طوسی. (۱۴۱۳ ه. ق.). الخلاف. ج ۶. قم: موسسه نشر اسلامی.
- ۱۳- شیخ طوسی. (۱۴۱۱ ه. ق.). الخلاف. ج ۳. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۴- صدر، سیدمحمد. (۱۴۱۶ ه. ق.). ماوراء الفقه، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- ۱۵- طاهری، حبیب اله. (۱۴۱۸ ه.ق.). حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۶- عاملی، محمد بن الحسن الحرّ. (۱۴۱۶ ه. ق.). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت.
- ۱۷- فیاض، محمداسحاق. (۱۴۲۶ ه.ق.). رساله توضیح المسائل، قم: انتشارات مجلسی.
- ۱۸- کاتوزیان ناصر. (۱۳۹۲). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر دادگستر.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۱- محبوبی، نرگس. (۱۳۹۴). بررسی فقهی و حقوقی اقاله، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۲۲- نجفی، محمدحسن. (۱۳۱۴ ه.ق.). جواهرالکلام، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- ۲۳- نوری، میرزا حسین. (۱۳۲۰ ه.ق.). الوسایل، قم: آل البيت.
- ۲۴- بسته های سیاستی نظارتی بانک مرکزی