



**بررسی نقش قاعده‌العقود تابعه للقصود در
بهبود شیوه‌های اجرایی تجهیز و تخصیص
منابع بانکی**

مجید احمدیه*

* کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، مدرس بانکداری اسلامی و عضو کمیته بانکداری اسلامی بانک رفاه

چکیده

به نظر می‌رسد بانکداری اسلامی تنها به نبود ربا در بانک‌ها اندیشیده است. در صورتی که بانکداری اسلامی نیازمند تطبیق کلیه عقود و قراردادهای بانکی با موازین شرعی می‌باشد، قصد از جمله ارکانی است که با تحقق عقد ارتباط مستقیم دارد و به عبارت دیگر اگر قصد و انگیزه طرفین عقد محقق نشود، در حقیقت عقدی ایجاد نشده است. وجود قصد هم در مرحله ایجاد عقد و هم در امتداد آن تا وصول نتیجه از ضرورت‌های قراردادهای منعقد شده است. عقد تا آخرین مرحله که نتیجه آن محرز می‌شود، با قصد همراه است. زیرا با وصول نتیجه است که می‌توان گفت، عقد صحیح منعقد شده است. از این رو ملاحظه شد در شیوه‌های اجرایی تجهیز و تخصیص منابع عقود و قراردادها، گاه در عنوان قصد شده تناسبی با موضوع ندارد و گاه در ارکان و ویژگی‌های، منطبق با قصد نمی‌باشد بنابراین نگارنده در این مقاله تا آنجا که قابل دستیابی بود قراردادهای بانکی را از نقطه نظر قصد مورد ارزیابی قرار داده و برای رفع مشکلات موجود راهکارهایی را ارائه کرده است.

واژگان کلیدی: عقد، قصد، تجهیز منابع، تخصیص منابع، بانکداری اسلامی.

مقدمه

اگر چه، با تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا، شائبه ربا بودن عملیات بانکی تا حدودی مرتفع شد، لیکن به نظر می‌رسد هم‌اکنون در درستی عملیات اجرایی بانک‌ها، عواملی مانع از به تحقق پیوستن صحیح این عقود شده‌اند. همان‌طور که مشخص است در هر عقدی، قصد متعاملین نقش اساسی در صحت معامله دارد، زیرا انگیزه جدی برای انجام هر قراردادی نیازی هست که هر یک از طرفین احساس کرده‌اند.

بنابراین در حقیقت قصد مشتری و بایع، برآوردن نیازی است که در نظر دارند. و این نیاز لزوماً باید در انجام هر قراردادی به تحقق بپیوندد. برای به وقوع پیوستن این قصد که ناشی از نیاز طرفین است، شرع مقدس اسلام در قالب عقود شرعی، سعی در برآورده کردن این نیازها کرده است. در صورت عادی، موجب و قابل در هر عقدی، متناسب با وضعیت نیازمندی خویش، با اطلاع و آگاهی از نوع عقد، عقد قرارداد را منعقد می‌کنند. لیکن در جریان ایجاد قانون عملیات بانکی چند مطلب قابل دقت است:

الف - غالب بانک‌ها براساس نیاز خود، سعی کرده‌اند این نیازمندی را در یکی از قالب‌های قرارداد موجود در شرع بگنجانند. و در یک انطباق کلی با عقود موجود قرار گیرند. و مشتری را هم در این قالب موظف کنند. به همین جهت فرم‌های قراردادهایی را تعیین و تدوین کرده‌اند که مشتری باید خود را با آن انطباق بدهد تا بتواند نیازش را مرتفع سازد.

ب - قراردادهای بانکی متنوع است و هر یک پیچیدگی‌های خاص خود را دارد، با ایجاب و قبول‌های متعدد که به وقوع می‌پیوندد، علاوه بر اینکه نحوه تحویل ثمن و مثنی در قراردادها می‌تواند مختلف باشد. همه این دلایل خود سبب آن شده است که قصد بانک و مشتری که رعایت آن از موارد مورد لزوم در عقد است در پیچ و خم‌های زیادی قرار گیرد.

قاعده "العقود تابعه للقصود" نتیجه عقد را حصول آن چیزی می‌داند که معامله‌کنندگان با هم عهد بسته و آثار آن را هم مطالبه می‌کنند و به عبارت آشکارتر، باید آنچه قصد شده واقع

بشود و آنچه واقع شده مطابق با قصد باشد تا صحت قرارداد تأیید شود. نگارنده در این مقاله درصدد آن است که:

اول- زوایای قاعده "العقود تابعه للقصود" را بررسی کند.

دوم- شرح مختصری درباره عملیات بانکی

سوم- کاربرد قاعده العقود تابعه للقصود در قراردادهای تجهیز و تخصیص منابع مورد بررسی قرار دهد.

چهارم- خلأهای موجود در این زمینه را شناسایی کند.

پنجم- راهکارها و پیشنهادهای لازم را ارائه کند.

۱- هدفهای تحقیق

الف- تجزیه و تحلیل قصد و انگیزه قراردادها در تجهیز و تخصیص منابع بانکی تا مرحله اتمام و انجام قرارداد

ب- ارائه راهکار برای تطابق قصد با واقع در تجهیز و تخصیص منابع

۲- اهمیت موضوع و انگیزه انتخاب آن

از آنجا که بانکها نقش خاصی در کلیه معاملات رایج در سراسر کشور دارند، به طور طبیعی به عنوان قلب تپنده جامعه در عملیات تجاری مطرح هستند. و چنانچه از انضباط حاکم در این نوع قراردادها تخطی کنند زمینه بسیاری از عقود نادرست را فراهم می کنند. نظر به مشکلاتی که قبلاً اشاره شد، قصد متعاملین در مراحل مختلف انجام عملیات بانکی دارای تزلزل بوده، زیرا گاه جهت گرفتن تسهیلاتی که بانک در اختیار مشتریان قرار می دهد، روشهایی صرفاً برای رسیدن به این تسهیلات، توسط مشتریان و گاه حتی با راهنمایی های بانک برای انطباق با قراردادهای تدوین شده بانکی، بدون توجه به خواست واقعی مشتری، پیشنهاد می شود و مورد استفاده مشتریان قرار می گیرد.

از آنجا که بیش تر مشتریان تقید به رعایت موازین اسلامی در عقود بانکی دارند همواره به بانک در این مورد اعتماد می کنند و در همه مراحل، اعم از تدوین قرارداد

توسط بانک، امضاء قرارداد و سایر مواردی که بانک به ایشان راهنمایی می‌کند از قوانین و آیین‌نامه‌های بانکی و حتی دستورات عاملین و مجریان بانکی پیروی می‌کنند. با توجه به مسئولیتی که بانک‌ها به واسطه قوانین مصوب و اعتماد عموم مردم به ایشان پیدا خواهند کرد، شایسته و بایسته است که از هرگونه اشکالی که بتواند درستی عقود را مورد خدشه قرار دهد پرهیز کرده و راه‌هایی برای رفع موانع شناسایی کنند. به‌همین جهت در این مقاله قصد متعاملین در تجهیز و تخصیص منابع مورد مذاقه قرار خواهد گرفت تا نیازهای طرفین، از ابتدای عملیات تا انتهای آن، مورد نگرش قرار گیرد و به این واسطه درستی عقود مطروحه مورد تأیید واقع بشود.

۳- پرسش‌های تحقیق

الف- آیا قانون عملیات بانکی بدون ربا، علاوه بر مرتفع کردن شبهه ربا، توانسته است سایر عوامل درستی قرارداد، از جمله قصد و رضای طرفین عقد را در نظر داشته باشد؟
 ب- نکته اساسی در قاعده "العقود تابعه للقصد" برای به تحقق پیوستن صحیح عقد چیست؟
 ج- ایجاب و قبول، عوض و معوض همچنین اصول و ارکان و ویژگی‌های قراردادهای تجهیز و تخصیص منابع پیش‌بینی شده در عملیات بانکی چگونه خواهد بود؟
 د- خلأ و مشکلات ناشی از قصد متعاملین در فرآیند انجام عملیات تجهیز و تخصیص منابع در عقود مطرح شده بانکی چیست؟

۴- پیشینه بحث

در خصوص قاعده "العقود تابعه للقصد" که یکی از قواعد مشهور در میان فقهای عظام است، کتب متعدد عربی به نگارش در آمده و برخی از صاحب‌نظران در خصوص این قاعده مقالاتی به چاپ رسانده‌اند. لیکن تا جایی که نگارنده پژوهش کرده است کتاب یا تحقیقی در به‌کار بستن این قاعده در عملیات بانکی نوشته نشده است. در خصوص عقود بانکی، به ویژه از تصویب قانون عملیاتی بانکی بدون ربا، مقالات و کتب متعددی برای ارزیابی قانون به رشته تحریر در آمده است. لیکن همان‌گونه که از عنوان قانون هویداست، بیش‌تر تمرکز بر حذف ربا در قانون بانکی است.

اما برخی از صاحب‌نظران چون سید عباس موسویان که به حق تفحص همه‌جانبه، چه از جانب شرع و چه از ناحیه قراردادهای بانکی داشته‌اند، چندین کتاب به رشته تحریر در آورده‌اند که کتاب "ابزارهای مالی اسلامی" به ارکان عقود بانکی اشاره دارد و کتاب "طرح و تحول نظام بانکی" به صورتی بودن عملیات بانکی اشاره کرده است.

۵- روش تحقیق

قالب این تحقیق براساس مستدلات کتابخانه‌ای و استفاده از منابع مرجع فقهی و منابع جدید در عملیات بانکداری بوده است. بی‌گمان در این زمینه تجربه‌های نگارنده در انعقاد قراردادهای بانکی مورد دقت قرار گرفته است.

۶- مفاهیم و کلیات

۶-۱- قاعده فقهی

مقصود از قاعده فقهی حکم کلی فرعی الهی است که منشأ استنباط احکام متعدد جزئی‌تر بوده و اختصاص به یک فعل یا ذات خاص ندارد. مثل قاعده، "لاضرر و لاضرار فی الاسلام و قاعده العقود تابعه للقصود". [۱]

۶-۲- عقد

- معنای لغوی: عقد در لغت به معنای نقیض حل می‌باشد [۲] که بنابراین باید آن را به معنی بستن و گره زدن تفسیر کرد.
- معنای اصطلاحی: توافق دو یا چند اراده است که آثار حقوقی بر آن مترتب شده و تمام آن آثار یا برخی از آن‌ها مقصود متعاقبین بوده باشد. در تعریف عقد، قول به توافق اراده‌ها، مورد اتفاق می‌باشد. [۳]

۳-۶- ایقاع

عملی است قضایی و یک طرفه که به صرف قصد انشاء و رضای یک طرف منشاء اثر حقوقی شود، بدون اینکه تأثیر یک طرفی عقد و رضای مذکور ضرری به غیر داشته باشد (مگر در موارد مصرحه در قانون مانند طلاق)، [۴].

۴-۶- ایجاب

ایجاب در لغت مصدر باب افعال از ریشه (وَجَب) به معنای لازم کردن، واقع ساختن و ثابت نمودن می‌باشد، ایجاب به معنی اعلام اراده یک شخص به شخص دیگر برای انعقاد قرارداد می‌باشد. در واقع ایجاب، پیشنهاد انجام یک معامله به شخص دیگر است. شخصی که چنین پیشنهادی را اعلام می‌کند موجب نامیده می‌شود [۴].

۵-۶- قبول

قبول در قانون و فقه تعریف نشده است، می‌توان گفت قبول عبارت است از قصد انشایی که در جهت عکس ایجاب قرار گرفته و در ایجاد اثر یک عقد مکمل می‌باشد [۵].

۶-۶- قصد

قصد از نظر لغوی به معنای توجه و التفات به چیزی می‌باشد کسی که با توجه و عالماً، عمداً به سوی چیزی می‌رود در واقع قصد آن را کرده است. عنصر علم و عمد جزء لاینفک قصد به شمار می‌روند. قصد در علم حقوق عبارت است از مصمم شدن به انجام یک عمل حقوقی از قبیل بیع و غیره، اما آنچه در این بحث مورد نظر است قصد انشاء می‌باشد و آن قصدی است که نیروی خلاقه داشته و می‌تواند یک یا چند اثر حقوقی را در ظرف اعتبار ایجاد نماید. مثل قصد بایع که مالکیت مبیع را به نفع مشتری درمی‌آورد [۴].

۷-۶- رضا

در لغت به معنای موافقت، سرور قلب، طیب نفس و اختیار، در مقابل کراهت به کار می‌رود و در معنای اصطلاحی میل و اشتیاق معامله‌کننده به انجام عمل حقوقی است هنگامی که منافع و مضار سنجیده شود و منافع به مضار برتری داده شود [۲].

۸-۶- تجهیز منابع

در تجهیز منابع پولی سخن از جمع‌آوری سپرده‌های اشخاص است، تجهیز منابع از طریق سپرده‌های بانکی تأمین می‌گردد و قبول سپرده به دو صورت می‌باشد.

- سپرده‌های قرض الحسنه
- سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار

۹-۶- تخصیص منابع

این مبحث روش و شیوه‌های اعطای تسهیلات توسط بانک‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد و در علمیات بانکی از طریق عقود اسلامی پرداخت می‌گردد.

۱۰-۶- بانکداری اسلامی

در این نوع بانک کلیه معاملات و تسهیلات در چارچوب موازین اسلامی بوده و از مشخصه اصلی بانکداری اسلامی تحریم ربا و منع معاملات ربوی می‌باشد. آنچه از نظر شریعت مقدس اسلام منع شده است، بازده ثابت و از قبل تعیین شده در معاملات است و نه بازده غیر ثابت و نامشخصی که در قالب سود تبلور می‌یابد، و به‌طور خلاصه مبتنی بر اصل مشارکت در سود و زیان و از طریق رابطه حقوقی وکیل- موکل بیان می‌شود. [۶]

۷- سیر تاریخی استناد به قاعده

از زمانی که بشر در جهت رفع نیازهای خود با هم‌نوعان خویش ارتباط برقرار کرده و به مبادله کالا پرداخته و یا برای ارضای غرایز دیگر خویش عقود دیگری منعقد کرده است

مفاد این قاعده حاکم بوده است. اگر چه ممکن است به‌عنوان یک قاعده مورد توجه قرار نگرفته باشد. لیکن از جهت استناد مسائل فقهی به این قاعده، عده زیادی از فقها شیعه در موارد مختلف بدان توجه کرده‌اند.

مرحوم علامه حلی در مباحث نکاح منقطع در صورتی که نسبت به ذکر اجل خللی وارد شود، حکم به بطلان عقد فرموده و انعقاد نکاح دائم را نفی فرموده و دلیل آن را چنین بیان کرده است:

"چون عقد دائم مقصود عاقد نمی‌باشد پس منعقد نمی‌گردد" [۷].

۸- معنای قاعده

اولین سؤالی که پس از شنیدن یا خواندن یک عبارت یا قاعده به ذهن می‌رسد درباره مفهوم و معنای آن است. به عبارت دیگر در اولین وهله از چیستی معنا سؤال می‌شود و قاعده "العقود تابعه للقصود" نیز مستثنی از این حکم کلی نیست، از این‌رو این سؤال مطرح می‌شود که منظور از این قاعده چیست و در صدد بیان چیست؟ این سؤال به دو نحو پاسخ داده شده است:

الف- تبعیت عقد از قصد بدین معناست که عقد بدون قصد محقق نمی‌شود. چنان‌که فقهای بزرگوار شرط قصد را در شرایط عقود همراه با سایر شرایط ذکر کرده‌اند. مثلاً مرحوم شیخ انصاری در این باره گفته است:

"یکی از شرایط متعاقدين آن است که عقدي را که صیغه‌اش را تلفظ می‌نمایند قصد کنند و این که قصد بدین معنا شرط صحت و بلکه شرط تحقق مفهوم عقد است از جمله مسائلی می‌باشد که مورد اختلاف نبوده و اشکال و تردیدی در اشتراطش نیست. پس اگر کسی اشتبهاً صیغه‌ای را تلفظ نماید و یا قصد شیء و انشاء صیغه‌ای را که تلفظ نموده ننماید عقدي منعقد نمی‌گردد" [۸].

منظور از این نوع تبعیت، حکم به عدم اعتبار عقد فرد غافل یا خواب یا مست و یا کسی که در بیان قصد خود اشتباه کند است.

ب- مراد از تبعیت عقد از قصد، تبعیت نوع عقد و آثار آن از قصد متعاقدين است. بدین بیان که ما می‌دانیم هر عقدی دارای آثار خاص است. مثلاً اثر عقد بیع انتقال ملکیت عوض و معوض می‌باشد و اثر عقد نکاح، حصول زوجیت است و همچنین هر عقدی اثری مخصوص دارد و نیز خود آثار دارای احوال و کیفیات مختلف هستند. مثلاً عقد بیع می‌تواند با شرط خیار و یا اسقاط کلیه خیارات منعقد شود. عقد در اینکه چه نوع عقدی است و نیز از جهت شرائط و خصوصیات دیگرش تابع قصد است. یعنی اگر قصد نکاح شود عقد نکاح منعقد می‌شود و اگر قصد هبه شود، عقد هبه محقق می‌گردد. و همین‌طور آثار عقد تابع قصد متعاقدين است. مثلاً اگر در بیع شرط خیار برای یکی از متعاقدين یا هر دوی آنها یا فرد بیگانه‌ای گردد این اثر مقصود، مترتب خواهد شد. و به عبارت دیگر "العقود تابعه للقصد به معنای آثار العقود تابعه للقصد" می‌باشد که البته این پس از فراغت از اصل لزوم قصد در تحقق عقد خواهد بود [۹].

به هر حال در هر جا عقدی منعقد شود متقدم بر آن (تقدم رتبی مقصود است) قصدی موجود شده است و در حقیقت قصد برای هر عقدی به منزله جنس برای نوع است که از حیث رتبه بر آن مقدم است. لیکن از حیث وجود مقارن با آن تحقق می‌یابد پس "العقود تابعه للقصد" یعنی به دنبال قصد عاقد و به محض انشاء نفسانی او عقد هم موجود می‌شود.

۹- مدرک قاعده

بعد از آنکه تا اندازه‌ای مفهوم قاعده روشن شد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا چنین چیزی وجود دارد؟ به عبارت ساده‌تر چون قواعد از امور اعتباری بوده و وجود خارجی ندارد تا بسادگی بتوان با آن تماس یافت، از این‌رو جای آن دارد که سؤال شود دلیل اعتبار این قاعده چیست و مدارک آن کدام است؟

درباره مدرک این قاعده به دلائلی تمسک شده که به آن‌ها اشاره می‌کنیم و توضیح

می‌دهیم:

۹-۱- روایات

برخی بزرگان مأخذ قاعده را حدیث نبوی مشهوری که همه مسلمانان به آن عمل می‌کنند ذکر نموده‌اند و آن قول پیامبر اکرم (ص) می‌باشد که فرمودند "انما الاعمال بالنیات و لكل امرء ما نوى" [۱۰].

۹-۲- اجماع

دلیل دیگری که برای قاعده "العقود تابعه للقصود" ذکر شده اجماع فقها است [۱۱]. بدین بیان که تمامی فقها بر این قاعده اتفاق نظر دارند و حکم می‌کنند که هیچ عقدی به وقوع نمی‌پیوندد، مگر به‌همان نحو و صورتی که مقصود است و الفاظ بدون قصد دارای اثر نخواهد بود [۱۲].

۹-۳- عقل

دلیلی که برخی اعظام به‌عنوان مدرک قاعده بیان نموده‌اند، حکم وجدان و عقل است بعد از آنکه این اصل را پذیرفتیم که بدون قصد، عقدی تحقق نمی‌یابد و تمام ماهیت عقد و آثار آن به واسطه قصد ایجاد شده است و به تعبیر دیگر هویت عقد به قصد می‌باشد وجدان بیدار حکم به تبعیت عقد از قصد نموده و مسئله از قلمرو تعبدیات خارج می‌گردد چنان‌که مرحوم میرزای نائینی درباره مدرک این قاعده می‌فرماید:

"این قاعده حکمی فطری است و تحقق امر غیرمقصود در طریقه عقلا، معقول نیست" [۱۳].

۱۰- تحقق قصد و اراده

قصد و اراده یک عمل ذهنی و نفسانی است و این عمل نیز مثل سایر اعمال متوقف بر مراحل هست که بدان‌ها اشاره می‌کنیم.

الف- تصور مراد و توجه بدان

ب- ارزشیابی شیء موردنظر

پ- اعتقاد به فایده

ت- میل و رغبت

ث- ظهور قصد و اراده

قصد آدمی در عقد نیز از این قاعده مستثنی نیست و در مرحله پنجم به وقوع می‌پیوندد. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا در همین وهله عقد محقق می‌شود یا آنکه مرتبه بعدی که همان تحریک عضلات است برای انعقاد عقد ضروری می‌باشد؟ (مثل اینکه صیغه و لفظی به زبان بیاورد یا فعلی را که نشان‌دهنده قصدش باشد به‌جای آورد) برای روشن شدن پاسخ در زیر به بررسی برخی مسائل درباره این مطلب می‌پردازیم. [۱۴]، [۱۵].

۱۱- اقسام قصد

قصد و اراده یک چیز بیش نیست، لیکن به اعتبار ابراز آن و عدم اظهارش دو قسم منظور می‌شود و چنانچه اشاره شد این مسئله محل بحث است که آیا معیار در عقد همان قصد و اراده باطنی است که در مرحله پنجم از مراحل تحقق قصد و اراده ذکر شد یا آنکه معیار آن قصد و اراده‌ای است که به مرحله ظهور و بروز برسد که به آن قصد ظاهری تعبیر می‌شود. تبیین بیش‌تر این دو قسم بدین صورت است که:

الف- گاه انسان بعد از طی مقدمات تشکیل قصد، در مرحله پنجم که در آنجا قصد و اراده در نفس او محقق می‌شود، توقف می‌کند و از آن جهت که این قصد و اراده‌اش از انسان‌های دیگر مخفی و پوشیده است، از آن تعبیر به قصد باطنی می‌شود.

ب- ولی گاه از این مرحله هم تجاوز می‌کند و مرتکب فعلی می‌شود که نشان‌دهنده آن اراده درونی‌اش است که این فعل یا قول صادر از او ابراز همان قصد باطن است. مثل اینکه برای خرید نان، پول می‌دهد و یا لفظ و صیغه‌ای را جاری می‌کند که از آن تعبیر قصد ظاهری شده است.

حال این مسئله مطرح است که آیا معیار در قاعده تبعیت عقد از قصد آن قصد باطنی هست یا قصد و اراده‌ای منظور می‌شود که به مرحله ظهور بروز رسیده باشد، هر چند در بسیاری موارد نتیجه حاکمیت هر یک از این دو قصد یکی است.

۱۲- نظریه‌های مختلف در مورد حاکمیت قصد و اراده

۱۲-۱- نظریه حاکمیت قصد ظاهری

براساس این نظریه، قصد ظاهری ترجمان تخلف‌ناپذیر و قطعی قصد باطنی است و چنان با این قصد ترکیب شده است که نادرستی آن را نمی‌توان اثبات کرد، قائلین به این نظریه نمی‌گویند که قصد باطنی فاقد ارزش و اعتبار است.

آنچه در نفس یکی از طرفین عقد می‌گذرد ولی به مرحله بروز و ظهور نمی‌رسد، ارزش و اثر حقوقی ندارد و ملاک در نوع عقد و آثار مقصودی که قابلیت ترتب بر آن را دارند همان قصدی است که به مرحله اثبات و ظهور رسیده باشد.

مرحوم میرفتاح در دفاع از این نظریه گفته است:

"استقراء قطعی فقه این مطلب را حکایت می‌کند صرف نیت بدون آنکه لفظی یا فعلی بر آن دلالت کند فاقد ارزش و اعتبار است" [۱۱].

۱۲-۲- نظریه حاکمیت قصد باطنی

براساس این نظریه، عامل اساسی در ایجاد آثار حقوقی قصد باطنی است و مبرز از آن، تنها جنبه طریقییت داشته و آماره نسبی برای تعیین قصد باطنی محسوب می‌شود. پس اگر در جایی اشتباه آماره ثابت شود و مفروض هم این است که ما برای آماره جنبه طریقییت قائل شده‌ایم نه جنبه سببیت، این آماره ارزشی ندارد زیرا ارزش آن به نقش کشف از واقع می‌باشد و در جایی که واقع برخلاف کاشف باشد اعتبار مختص به واقع بوده و به کاشف ارزشی نباید داده شود.

شاید در درجه اول بتوان میل به این نظریه را به مرحوم شیخ مفید نسبت داد چون چنین تفکری را می‌توان از کلام او استظهار کرد "در آنجا که در مقام میان تعریف و انعقاد عقد بیع، صرف تراضی متعاقدين را کافی می‌داند" [۱۶].

۱۳- نتیجه بحث

گفته شد اصل اولی در معاملات حاکمیت قصد باطنی است و آنچه مسلم است این است که شارع از جهت تشریح، نمی‌تواند در وجود تکوینی قصدی که به‌وجود آوردنده عقد و ایقاع است دخالت کند مثلاً اگر عاقدی قصد عقدی را بنماید، شارع نمی‌تواند حکم به عدم قصد و نتیجه و یا حکم به عدم تحقق عقد نماید زیرا عقد از امور اعتباری بوده که به‌صرف اعتبار معتبر حاصل می‌شود و آثاری هم که عاقد قصد می‌نماید به تبع آن در ظرف اعتبار به‌وجود می‌آید. همان‌گونه که عرف نمی‌توان در این امر دخالت کند. اما از آنجا که موکول نمودن کل ارزش و اعتبار در معاملات به قصد باطنی عاقد می‌تواند علت برهم خوردن نظام اجتماع را فراهم آورد و امر معاملات را که بیش‌تر روابط افراد با یکدیگر بر مبنای آن استوار است مختل نماید، عقلاً و به تبع آن شارع که خود رئیس عقلاً می‌باشد می‌تواند به طریق دیگری به‌خاطر حفظ نظام جامعه دخالت کنند و مصلحت نوعی را بر مصالح شخصی ترجیح دهند و بگویند: اینکه عقد یا ایقاع به نفس اعتبار معتبر در ظرف اعتبار وجود یافته و در همان ظرف آثاری نیز بر آن مترتب می‌گردد قابل قبول و انکارناپذیر است، اما آن موجود اعتباری وقتی از نظر ما دارای ارزش و اعتبار است که دارای شرایط خاصی باشد مثلاً به‌وسیله مبرزی به مرحله ظهور برسد.

۱۴- حدود قاعده

الف- موضوع بحث قاعده، عقود صحیح می‌باشد. وقتی صحبت از تبعیت عقد از قصد می‌شود باید توجه داشت قاعده در مورد عقود صحیح جریان می‌یابد و اگر عقدی به هر دلیلی فاسد و باطل باشد حکم به لزوم جریان قاعده در مورد آن دلیلی ندارد و به‌عبارت بهتر در برخی موارد اصلاً عقدی محقق نمی‌شود تا بخواهیم بحث از تبعیت آن از قصد و اراده بنمائیم.

ب- احکام مترتب بر عقد تابع قصد و اراده نیست، از آنچه در معنای قاعده بیان نمودیم روشن شد که عقد در نوع خود و نیز در آثاری که بر آن می‌تواند مترتب شود و ترتب آن‌ها در اختیار متعاقدین است، از قصد و اراده طرفین عقد تبعیت می‌نماید و به‌عبارت ساده‌تر هر حق قابل اسقاطی مشمول قاعده "العقود تابعه للقصود" می‌باشد. مثل اینکه ثمن یا مثنی از چه جنسی باشد و یا از چه صنفی باشد. اما احکام شرعی و آثاری

که بعد از تحقق عقد بر آن مترتب می‌شود تابع قصد متعاقدين نمی‌باشد. مثلاً حکم لزوم نکاح یک حکم شرعی در این عقد بوده و قصد طرفین در جواز نفی آن اثری ندارد زیرا اعتبار احکام شرعی در اختیار شارع است و متعاقدين در آثاری که در حیطه قدرتشان است حق اعتبار یا عدم اعتبار دارند یا بعد از تحقق نکاح صحیح، آثار و تکالیف آن مانند، وجوب نفقه برای مرد و وجوب تمکین برای زن وابسته به قصد آنان نیست.

۱۵- فعالیت‌های اصلی بانکی

به‌طور خلاصه می‌توان فعالیت‌های اصلی بانکی در الگوی کنونی بانکداری ایران را در سه بخش تجهیز منابع پولی، تخصیص منابع پولی و خدمات بانکی تقسیم‌بندی کرد. از آنجا که این پایان‌نامه متمرکز بر دو بخش نخست است، از این‌رو از بررسی بخش خدمات بانکی صرف‌نظر می‌شود.

بعد از وقوع انقلاب اسلامی تحول نظام بانکی در ایران به نظام بانکی بدون ربا سبب شد این نهاد موظف شود در پی برقراری نظامی برآید که شیوه تجهیز منابع و تخصیص منابع آن بر مبنای شیوه‌های رفتاری پذیرفته شده در اسلام باشد. بر این اساس در همان ابتدای اجرای قانون عملیات بانکداری بدون ربا در فروردین ماه ۱۳۶۳ حساسیت‌ها نسبت به عملکرد بانک‌ها در کشور دو چندان گردید، زیرا بانک‌ها از معدود مؤسسات اقتصادی هستند که مردم به‌طور مستمر با آن‌ها سر و کار دارند و زندگی اقتصادی آن‌ها با آن عجین شده است.

بر اساس قانون عملیاتی بانکداری بدون ربا، بانک‌ها برای تجهیز منابع مبادرت به پذیرش دونهوع سپرده در قالب سپرده‌های قرض‌الحسنه و سپرده‌های سرمایه‌گذاری کردند و در جهت تخصیص منابع به‌موجب فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها تمامی تسهیلات خود را از محل سپرده‌های دریافتی بر اساس روش‌های مندرج در قانون که عبارت‌اند از عقود قرض‌الحسنه، مشارکتی، مبادله‌ای و سرمایه‌گذاری مستقیم به‌کار می‌گیرند. در واقع سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را که بانک در به‌کار

گرفتن آن‌ها از جانب سپرده‌گذار وکیل است در قالب عقودی که بیان شد در جریان فعالیت اقتصادی قرار داده و از این طریق باعث رونق اقتصادی و سودآوری می‌شود.

۱-۱۵- تجهیز منابع

در تجهیز منابع پولی سخن از جمع‌آوری سپرده‌های اشخاص هست که باید به آن سیستم معتقد و پایبند باشند و بانک‌ها بدهکاران جامعه‌ای هستند که طلبکارانشان عندالمطالبه پول را طلب می‌کنند و بدهکاران هم تلاش در افزایش بدهی خود به جامعه که همان تجهیز منابع پولی است می‌کنند. تجهیز منابع از طریق سپرده‌های بانکی تأمین می‌شود و قبول سپرده به دو صورت است.

اول - سپرده‌های قرض الحسنه

سپرده‌های بانکی شامل حساب جاری و حساب پس‌انداز است. در سپرده‌های قرض الحسنه (جاری و پس‌انداز) صاحب سپرده به مقتضای عقد قرض، وجوه خود را به ملکیت بانک درمی‌آورد و بانک مالک آن سپرده‌ها متعهد می‌شود که عندالمطالبه اصل آن‌ها را به صاحب برگرداند. منابع سپرده‌های پس‌انداز و حساب جاری پس از واریز به حساب بانک‌های سپرده‌پذیر جزء منابع داخلی بانک‌ها محسوب خواهند شد و بانک مالک این منابع است. در سپرده‌های قرض الحسنه بانک قرض‌گیرنده و سپرده‌گذاران قرض‌دهنده به بانک محسوب می‌شوند و براساس بند ۴ قانون عملیات بانکداری بدون ربا بانک‌ها مکلف به تضمین استرداد مبالغ سپرده‌های قرض الحسنه هستند.

دوم - سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری علاوه بر سرمایه خود و بهره‌گیری از تجهیز منابع پولی تلاش می‌کنند در امر سرمایه‌گذاری، به‌ویژه از وجوه اشخاص حقیقی یا حقوقی که تحت عنوان "سپرده‌گذار مدت‌دار" در اختیار بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری گذاشته‌اند بهره‌جویند. کوشش بانک‌ها در جمع‌آوری سپرده‌های خرد و کلان و به جریان انداختن آن‌ها از طریق قانونی در فعالیت اقتصادی به‌موجب انتقال سرمایه از گروه غیرفعال به گروه فعال جامعه بوده است و صاحبان این‌گونه وجوه نیز تحت عنوان عملیات بانکداری بدون ربا با واگذاری اختیار به بانک‌ها در بهره‌برداری از سپرده خود نیز منتفع می‌شوند [۱۷].

در رابطه با سپرده‌های سرمایه‌گذاری کوتاه‌مدت و بلندمدت بانک به مثابه وکیل وجوه مردم را تحویل گرفته و در فعالیت‌های انتفاعی مشروع مصرف می‌کند و به مقتضای عقد وکالت، این وجوه هیچ‌گاه به ملکیت بانک در نمی‌آید و بانک فقط حق دارد با رعایت سیاست‌های کلی نظام که از سوی بانک مرکزی اعلام می‌شود و با رعایت مصالح سپرده‌گذاران وجوه مذکور را از طریق روش‌های مصوب بانکداری بدون ربا در فعالیت‌های اقتصادی در قالب عقود اسلامی (مضاربه، جعاله، فروش اقساطی و ...) به‌کار گیرد و در صورت سودآوری فعالیت اقتصادی پس از کسر حق‌الوکاله سود حاصله بین سپرده‌گذاران توزیع می‌شود.

بنابراین سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار به آن دسته از سپرده‌هایی اطلاق می‌شود که به قصد انتفاع به بانک سپرده می‌شود و بانک با قبول وکالت از سوی صاحبان سپرده آن‌ها را در عملیات مجاز بانکی به‌کار می‌گیرند، از این‌رو متقاضی به بانک حق‌الوکاله با حق توکیل می‌دهد تا سپرده وی را براساس قانون عملیات بانکی بدون ربا در قالب عقود مختلف به‌صورت مشاع به‌کار گیرد و منافع حاصله را براساس مقررات و آئین‌نامه مربوطه با داشتن حق مصالحه بین بانک و سپرده‌گذار به تناسب مبلغ و مدت پس از کسر حق‌الوکاله پرداخت کند [۱۷].

۲-۱۵- تخصیص منابع

این مبحث روش و شیوه‌های اعطای تسهیلات توسط بانک‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد. بانک با عملیات اعتباری خود موجب انتقال منابع از اشخاصی که به طور مستقیم مایل و یا قادر به مشارکت در فعالیت‌های اقتصادی نیستند به آنان که برای انجام امور اقتصادی نیازمند به سرمایه هستند، فراهم ساخته و بدین ترتیب باعث افزایش تولیدات کشور می‌شوند و با افزایش تولید سطح اشتغال در جامعه ارتقاء یافته و از طرفی با ازدیاد کالاها و خدمات در یک اقتصاد متعادل شرایط کاهش قیمت‌ها فراهم می‌شود. از این رو تخصیص منابع متأثر از شرایط و اوضاع و احوال عمومی و به‌ویژه اقتصادی بوده و در کل می‌باید تأمین‌کننده خواست‌ها و ارزش‌های اقتصادی جامعه در قالب عقود اسلامی باشد. در این جهت قرض‌الحسنه و خرید دین از محل منابع بانک و بقیه از محل سپرده‌گذاری مدت‌دار پرداخت می‌شود [۶].

تخصیص منابع در علمیات بانکی از طریق عقود اسلامی به شرح زیر پرداخت می‌شود.

۱-۲-۱۵- عقود قرض‌الحسنه

در این شیوه بانک‌ها منابع مؤثر سپرده‌های قرض‌الحسنه، پس‌انداز را به‌صورت وام قرض‌الحسنه در امور خیرخواهانه چون ازدواج، درمان، تحصیل و اشتغال به کار می‌گیرند. این وام‌ها بدون بهره هستند و از گیرنده تسهیلات درصد ناچیزی به‌عنوان کارمزد عملیات دریافت می‌شود.

۲-۲-۱۵- عقود مبادله‌ای

در این شیوه بانک‌ها با استفاده از منابع سپرده‌های سرمایه‌گذاری و سایر منابع بانک با متقاضیان تسهیلات وارد قراردادهای مبادله‌ای می‌شوند. این قراردادها ماهیت تملیکی دارند و براساس نرخ‌های سود معین به متقاضیان، تسهیلات بانکی داده می‌شود.

۳-۲-۱۵- عقود مشارکتی

در ساین شیوه بانک با استفاده از منابع سپرده‌های سرمایه‌گذاری و سایر منابع بانک، کل یا بخشی از سرمایه موردنیاز فعالان اقتصادی را از طریق قراردادهای مشارکتی تأمین می‌کند و با آنان در سود حاصل از فعالیت اقتصادی شریک می‌شود. این قراردادها از نظر حقوقی ماهیت ادنی داشته و بانک در مقابل سهمی از سود به متقاضی تسهیلات اذن تصرف در سرمایه و استفاده از آن را می‌دهد.

۴-۲-۱۵- سرمایه‌گذاری مستقیم

در این شیوه بانک‌ها بخشی از منابع را در فعالیت‌های مستقیم اقتصادی چون ساخت بزرگراه‌ها، تونل‌ها و سایر طرح‌های بزرگ زیربنایی سرمایه‌گذاری می‌کنند و ارزش افزوده طرح‌ها را به‌عنوان سود بانک و سپرده‌گذاران منظور می‌کنند [۱۸].

۱۶- کاربرد قاعده العقود تابعه للقصود در قراردادهای تجهیز و تخصیص منابع

همان‌طور که بیان شد، تبعیت عقد از قصد در دو مقام قابل دقت است. اول- اینکه هر عملی حقوقی و عبادی که از هر فردی سر می‌زند باید از روی قصد باشد. به همین سبب در کلیه عقود هر عملی که از طرف شخص غافل، خواب، فراموشکار، غلط و ... انجام شود با قصد همراه نمی‌باشد و خالی از قصد تلقی می‌شود. دوم- مقام دیگری که در خصوص تبعیت عقد از قصد در عقد قراردادهای مد نظر قرار گرفته جایی است که عقد به واسطه ایجاب و قبول حاصل می‌شود که احتیاج به موجب و قابل و عوض و معوض دارد و بعد از حصول این ارکان، هر عقدی آثار خاص دارد. مثل تملیک در عقد بیع و ... که این آثار هم کیفیات و اعتباراتی دارد [۱۹].

نیاز به قصد فقط در موضوع مقصود است نه حکم، احکام و لوازم عقد از مقتضیات ذات عقد و مفهوم‌اش می‌باشد و عقد بدون آن تحقق پیدا نمی‌کند و داخل در قصد معناست [۱۹].

به بیان دیگر عقود در تحقق موضوع‌شان تابع قصد هستند، آن هم نه فقط در اصل عقد بلکه در جمیع ارکان و شرایط و خصوصیات تابع قصد است. هنگامی که موضوع

عقدی به وجود می‌آید، احکام آن هم مترتب می‌شود (چه قصد تحقق احکام آن توسط عاقد شده باشد و چه نشده باشد) بلکه اگر جاهل به این احکام یا عالم به خلاف آن هم باشد، بدون شک این احکام مترتب می‌شود. مثلاً در عقد نکاح اگر زوج نداند که باید نفقه بدهد و یا زوجه نداند که نباید بدون اذن شوهر خارج شود، این احکام جاری است، زیرا احتیاج به قصد ندارد. دلیل آن این است که قصد فقط در قوام و تحقق عقد مورد نیاز است و احکام از اموری است که به شارع و اراده او مرتبط است [۱].

از آنجا که هر عقدی دارای ارکان و توابعی است. وقتی تخلف از ارکان عقد حاصل بشود عقد فاسد می‌شود، لیکن اگر در توابع آن تخلف بشود عقد فاسد نمی‌شود، بلکه مجاز به داشتن خیار می‌شویم مثل وجود عیب در کالا که فساد در عقد ایجاد نمی‌کند بلکه گفته می‌شود مطلوب اصل معامله است و وصف صحت مطلوب دیگری است. به‌عنوان مثال اگر آهن فروخته شود و بعد متوجه شویم مس است این تخلف در ارکان است [۱].

نهایت اینکه برای این قاعده مفهوم و منطوقی است به این صورت که هر آنچه قصد کرده، واقع شده باشد (ما قصد وقع) و هر آنچه واقع شده قصد شده باشد (ما وقع قصد) و بنابراین در زمانی که حکم به ابطال عقد داده می‌شود در حقیقت مضمون عقد محقق نشده است، آنچه قصد شده واقع نشده است و آنچه واقع شده قصد نشده است، پس مقتضای قاعده این است که آنچه را که متعاقدان قصد کرده‌اند در خارج واقع شده باشد.

با توجه به توضیحات بالا بر آن هستیم که تبعیت عقد از قصد در عقود جاری، (قصد در عنوان) و اصول مرتبط بر هر عقد را و محدوده و مرزهای قصود در تجهیز و تخصیص را بررسی کنیم.

بنابراین در تمامی قراردادهای ابتدا عنوان قصدیه یعنی فرد باید بداند در چه عقدی وارد شده است ثانیاً پس از ایجاب و قبول باید عقد در امتداد قصد پیش برود و تخطی حاصل نشود یعنی به ارکان عقد خدشه وارد نشود و در آخر آثار عقد منعقد شده حاصل شود.

با توجه به موارد بیان شده تبعیت عقد از قصد را در تجهیز و تخصیص منابع بانکی

بررسی می‌کنیم.

مقام اول

تبعیت عقد از قصد در مرحله قصد اولیه و عقد قرارداد

در مرحله اولیه هر عقدی، وقتی فرد قدمی برای انجام عقد برمی‌دارد، حاکی از این است که از زمره افرادی چون هازل، غافل، خواب، غلط و مست خارج است و با عقل و ادراک وارد پذیرش عقد شده است. زیرا علاوه بر شرایط عامه تکلیف از جمله بلوغ، عقل و ... قصد انجام کار را کرده است. در خصوص قراردادهای بانکی از هر نوعی که باشد، چه تجهیز منابع که شامل سپرده‌های قرض‌الحسنه جاری و پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار باشد و چه تخصیص منابع که شامل عقود قرض‌الحسنه، مبادله‌ای، مشارکت و سرمایه‌گذاری مستقیم باشد، طرفین قرارداد مشمول این نوع از قصد هستند. یعنی مشتری بدون قصد نمی‌تواند وارد بانک شود. برخی معتقداند کسی که در بانکداری اسلامی برای گرفتن تسهیلات به بانک مراجعه می‌کند، باید متوجه باشد که چه می‌کند، اگر فقط و فقط منظورش این باشد که این پول به هر ترتیبی که هست در اختیارش قرار گیرد و نداند وارد مشارکت می‌شود یا مضاربه یا اجاره به شرط تملیک عقد از اساس باطل می‌شود و از نظام بانکی ربوی بدتر خواهد بود. زیرا در مسئله ربا حداقل شخصی که به بانک مراجعه می‌کند و پول می‌گرفت مالک پول می‌شد و ربایی را که می‌داد فعل حرامی می‌بود، لیکن در مقوله بانکداری اسلامی اگر مشتری علم نداشته باشد و قصد انجام معامله تحقق نپذیرد، اساساً مالک پول در معامله مورد نظر نخواهد شد و به هرگونه تصرف او تصرف در مال غیر خواهد بود [۲۰].

مقام دوم

قصد ایجاب و قبول

در این مرحله طرفین قرارداد علاوه بر عنوان قصد شده (عناوین قصدیه) به واسطه ایجاب و قبول پایبندی خود را به خصوصیات معامله هم اعلام می‌کنند. در واقع قصد واقعی بر انجام نقش موجب و قابلی خویش را نیز دارند.

همان‌طور که مشخص است در همه انواع قراردادهای، چه در تجهیز منابع چه در تخصیص منابع، بانک و مشتری به‌عنوان موجب و قابل مطرح هستند. از آنجایی که بانک براساس قوانین و عملیات بانکی، کلیه شرایط عقود را در قوانین بانکداری تدوین می‌کند، نقش مهمی در صحیح واقع شدن قصد طرفین خواهد داشت، بنا بر این لازم است در یک فرآیند مشخص ضمن تعیین نقش خود به روشن شدن قصد مشتری در معاملات جهت صحت معامله اقدام کند.

۱-۱۶- قصد و انگیزه بانک و مشتری در روند اجرایی قراردادهای تجهیز منابع

فصل دوم بانکداری بدون ربا طی مواد سه تا شش به مسئله تجهیز منابع پولی می‌پردازد و سه نوع سپرده بانکی تحت عناوین سپرده قرض الحسنه جاری، سپرده قرض الحسنه پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار ارائه می‌کند. بررسی نظری در عملکرد بانک‌ها نشان می‌دهد که این عقود تطابق لازم با اهداف و انگیزه و روحیات سپرده‌گذاران ندارد.

اول - سپرده قرض الحسنه جاری

در ابتدا تمام توجه ما به‌عنوان قصدیه لحاظ می‌گردد، چرا که قراردادی را که بین موجب و قابل منعقد گشته با توجه به‌عنوان باید آثار قرض الحسنه هویدا گردد (آثارالعقود تابعه للقصود) اما ملاحظه می‌گردد که قصد سپرده‌گذاران در این حساب حفظ و نگهداری وجوه و تسهیل در مبادله پولی از طریق خدمات بانکی است و به‌کارگیری واژه قرض الحسنه صحیح نمی‌باشد. گویا اطلاق این واژه بر این حساب‌ها از این پندار سرچشمه می‌گیرد که هر قرض بدون بهره‌ای قرض الحسنه است، در حالی که این‌گونه نیست.

بنابراین اگر قرض‌دهنده با اغراض دیگری همچون حفظ پول، تسهیل در معاملات، نقل و انتقال وجوه و غیره، مبلغی را به بانک قرض دهد اگر چه قرض بدون بهره بوده است و از نظر اسلام مجاز و مشروع است ولی به آن عنوان قرض‌الحسنه صدق نمی‌کند، زیرا غرضی را که سپرده‌گذار نسبت به قرض‌الحسنه خود دارد با قرض‌الحسنه اسلامی تطبیق نداشته و از عنوان قرض‌الحسنه خارج است. بنابراین نوع عقد امضاء شده توسط موجب و قابل منطبق با مفهوم حقیقی عقد قرض‌الحسنه (عنوان قصد شده) نمی‌باشد.

دوم - سپرده قرض‌الحسنه پس‌انداز

حساب‌های پس‌انداز از سپرده‌های رایج نظام بانکی است و ویژگی آن این است که اشخاص حقیقی و گاه حقوقی وجوه مازاد بر هزینه‌های جاری خود را برای مدت نامعین به چنین حسابی واریز کرده و در برابر آن دفترچه حساب پس‌انداز می‌گیرند، تا هنگام نیاز وجوه مذکور را دریافت کنند. از آنجا که در بانکداری بدون ربا پرداخت بهره ممنوع است. بانک برای تشویق سپرده‌گذاران جوایزی را در نظر می‌گیرد که بدون شرط و تعهد قبلی است و از طریق قرعه بین صاحبان حساب توزیع می‌شود. این نوع از قرارداد اشکالات متعددی دارد.

قرض‌الحسنه عبارت است از قرض بدون بهره که هر نیکوکاری در اختیار نیازمندی قرار می‌دهد تا احتیاج خود را تأمین کند. پس ورود اغراض دیگری چون حفظ و نگهداری وجوه، کسب درآمد یا امید به برنده شدن در جوایز بانک و غیره از طریق موجب و قبول آن از طرف قابل مخالف با عنوان قصدیه می‌باشد. از این‌رو ملاحظه می‌شود قصد ظاهری قرض‌الحسنه است، لیکن قصد باطنی برنده شدن در جوایز است.

سوم - سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

براساس مواد سه تا شش قانون بانکداری بدون ربا، بانک‌ها وجوه سپرده‌ای سرمایه‌گذاری مدت‌دار را در قالب حقوقی عقد وکالت از صاحبان آن‌ها تحویل گرفته و در جایگاه وکیل سپرده‌گذاران در عقود اسلامی به غیر از قرض‌الحسنه به کار می‌گیرند.

بانک‌ها می‌توانند اصل سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تعهد یا بیمه کنند و منافع حاصل از عملیات مذکور را طبق قرارداد متناسب با مدت و مبلغ سپرده با رعایت سهم بانک پس از کسر هزینه حق‌الوکاله بین صاحبان سپرده تقسیم کنند.

در این نوع از قرارداد، عقد وکالت برای مشتری نامشخص است، از این‌رو مشتری در این معامله با رضایت خود و اعتماد به بانک سپرده‌گذاری می‌کند، لیکن انشاء جدی که یکی از لوازم قصد است حاصل نمی‌شود. بنابراین معلوم نبودن عنوان قصدیه برای مشتری موجب خدشه‌دار شدن اصل قرارداد می‌شود.

در قانون عملیات بانکداری بدون ربا، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در به‌کار گرفتن آن‌ها وکیل است، در عقود اسلامی مصرف می‌شود و براساس قرارداد منعقد سود حاصل را پس از کسر حق‌الوکاله خود به سپرده‌گذاران می‌پردازد، اما مسئله این است که با توجه به تودیع درصدی از سپرده‌های مذکور نزد بانک مرکزی تحت عنوان سپرده قانونی و محروم شدن بانک‌ها از آن برای استفاده در تسهیلات و در نتیجه کاهش سهم سود سپرده‌گذاران این روند باعث می‌شود خدشه‌ای به موازین شرعی حاکم بر روابط وکیل - موکل وارد شود. چرا که بخشی از این سپرده‌ها نزد بانک مرکزی به‌عنوان سپرده قانونی بلوکه می‌شود و در اختیار بانک قرار نمی‌گیرد و در این مورد بانک خارج از قصدی که عقد به خاطر آن منعقد شده است که همان سودآوری برای مشتری است قدم برداشته است. از این‌رو ذخیره قانونی چندان توجیه شرعی ندارد.

مشکل دیگری که بانکداری بدون ربا با آن روبه‌روست، در رابطه با شیوه اجرایی سود سپرده‌های سرمایه‌گذاری می‌باشد. در مضمون قرارداد که مشتری مطالعه می‌کند عنوان سود علی‌الحساب قید شده است، لیکن عملاً در بانک‌ها سود علی‌الحساب صورت نمی‌گیرد و این امکان وجود دارد به‌خاطر عدم نظارت کامل بر بانک باشد. از این‌رو ملاحظه می‌شود قراردادی که در مرحله ایجاب و قبول عنوان علی‌الحساب قید شده است ولی در امتداد قصد منحرف شده و به عقد خدشه وارد شده است و در اینجا شبیه ربا به‌وجود می‌آید.

۱۷- قصد و انگیزه موجب و قابل در فرآیند ایجاد قراردادهای تخصیص منابع

بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا بانکها می‌توانند از طریق عقود چهارگانه (قرض الحسنه، مبادله‌ای، مشارکتی و سرمایه‌گذاری مستقیم) تسهیلات به مشتریان پرداخت کنند. به‌طور نمونه عقود فروش اقساطی و مضاربه که شیوع بیش‌تری دارد را بررسی می‌کنیم.

همان‌طور که گفتیم ابتدا عنوان قصدیه مشخص شود، تا بدانیم مشتری وارد چه عقدی می‌شود جعاله است یا مضاربه و یا عقود دیگر و در مرحله بعد، عقد در امتداد قصد پیش برود، یعنی به ارکان مربوط به آن عقد خدشه وارد نشود. به‌طوری‌که اگر جعاله ایجاد شد ارکان مربوطه اجرا شود و سرانجام آثار جعاله حاصل گردد.

۱۷-۱- بررسی قصد در مراحل اجرای فروش اقساطی

فروش اقساطی عبارت است از واگذاری عین به بهای معلوم به غیر، به ترتیبی که تمام یا قسمتی از بهای مزبور به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین دریافت شود. [۲۱]

بیع نسیه: بیعی است که ثمن آن در ذمه و برای تأدیه آن مدتی معین شده است [۲۲].

فروش اقساطی در بانکداری بدون ربا از مصادیق بیع نسیه است و از قوانین حاکم بر بیع تبعیت می‌کند. بنابراین در اجرای این عقد می‌بایست ارکان بیع تحقق یابد که عبارت‌اند از:

الف- ایجاب و قبول: ایجاب که نشان مقصد اصلی عقد توسط فروشنده و قبول که انشای رضایت به‌وسیله خریدار است.

ب- متبایعین: فروشنده و خریدار از ارکان بیع است و باید شرایط ویژگی اساسی صحت معاملات را داشته باشند (اهلیت طرفین، معین بودن موضوع معامله، مشروعیت جهت معامله، قصد و رضای طرفین) برخوردار بودن خریدار و فروشنده از قصد معامله هم از شرایط.

• تبادل عوض و معوض [۲۳].

براساس آیین‌نامه اجرایی، روش کار بانک‌ها در فروش اقساطی بدین ترتیب است که مشتری تقاضای خود را نسبت به کالای مشخص با بیان نوع و مقدار و معرفی تولیدکننده یا فروشنده می‌گوید و متعهد می‌شود چنانکه بانک کالای مورد نظر وی را فراهم کند، آن را از بانک خریداری کند. بانک موظف است با بررسی تقاضا، کالای مذکور را بخرد و به‌صورت نسبی و اقساطی به متقاضی بفروشد. روند انجام قرارداد بدین صورت است که مشتری برای تسهیلات فروش اقساطی کالا یا خودرو به بانک مراجعه کرده و فرم‌های مربوطه را از بانک دریافت و بعد از مطالعه آن را امضا می‌کند، در این مرحله از قرارداد، ایجاب و قبول تحقق می‌یابد، لیکن برای تبادل عوض و معوض از جانب طرفین، بانک از مشتری می‌خواهد، فاکتور مربوط به خرید کالا یا خودرو را ارائه کند. در برخی از موارد مشاهده شده است که ارائه فاکتور توسط مشتری به‌صورت صوری انجام می‌گیرد، یعنی مشتری به فروشنده کالا مراجعه کرده و از او می‌خواهد یک فاکتور کالای خانگی به او بدهد. لیکن در حقیقت این تسهیلات مربوطه را به‌جای استفاده در خرید کالای خانگی در پرداخت قرض‌ها و سایر موارد مورد نظر خویش انجام می‌دهد. نتیجه اینکه در مرحله ایجاب و قبول عنوان قصد شده معامله منطبق با نظر مشتری و بانک انجام گرفته است، لیکن به ارکان عقد که از قصد متعاقبین ناشی می‌شود و مورد نظر شارع می‌باشد غفلت شده است و تبادل عوض و معوض منطبق با ایجاب و قبول صورت نگرفته است.

به‌رغم مکتوب شدن ایجاب و قبول که نشان از قصد ظاهری دارد، لیکن قصد باطنی مشتری خارج از خصوصیات موجود در بیع است که باعث عدم انطباق قصد ظاهری و قصد باطنی مشتری شده است و در نهایت آنچه قصد شده واقع نشده است. از این‌رو عقد منعقد فاقده وجهه شرعی و قانونی است. چون قرارداد مذکور فاقد زمینه قانونی و شرعی است. پس تسهیلات داده شده در واقع به ملکیت مشتری در نیامده و تصرفاتی که وی در آن‌ها انجام می‌دهد در حکم غصب است و ضامن است در مقابل صاحبان واقعی، زیرا بانک در نقش وکالت مداخله می‌کند و پول را که در اختیار مشتری قرار می‌دهد در واقع مربوط به وجوهاتی می‌شود که مردم در اختیار بانک‌ها قرار داده‌اند.

۲-۱۷- بررسی قصد در مراحل اجرای مضاربه

مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشد. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نماینده می شوند، بنابراین مضاربه قراردادی است بین صاحب سرمایه و عامل، که در آن طرف قرارداد سرمایه می دهد و دیگری خدمات و کارایی خود را در میان می گذارد [۲۴]. عقد مضاربه عقدی است جایز، بنابراین چنانچه ضمن آن شرط شود که عقد مزبور لازم باشد (اشترای لزوم) این شرط برخلاف مقتضای عقد بوده و باطل و مبطل عقد است [۲۵].

ارکان مضاربه که عمل به آن ضروری است عبارتند از:

- صیغه،
- طرفین عقد (مالک و عامل)،
- سرمایه،
- کار،
- سود [۲۶].

براساس قراردادهای منعقد شده بین بانک و متقاضی تسهیلات به روش مضاربه، در شرایط عدم تحصیل سود، جبران زیان همه بر عهده متقاضی است، زیرا بانک به استناد اینکه با بررسی های دقیق کارشناسی و اطمینان از حصول سود، مبادرت به تنظیم قرارداد مضاربه کرده است در زیان با عامل شریک نیست، بانک در ضمن عقد صلح خارج لازم، زیان احتمالی را به مشتری منتقل می کند. مگر در موارد استثنایی مانند بروز حوادث غیرمترقبه (آتش سوزی، سیل، زلزله و ...) [۲۷].

بانک برای انجام قرارداد مضاربه فرمی را تهیه می کند و در اختیار مشتری قرار می دهد. موضوع مضاربه در این قرارداد عبارت است از مبادرت عامل به خرید و فروش کالای متناسب با شغل و تخصص او از محل سرمایه که از طریق بانک در اختیار او قرار داده می شود و در این قرارداد عامل متعهد می شود اقداماتی را که برای عملیات و تجارت موضوع مضاربه طبق عرف تجاری لازم معمول و مرسوم است، انجام دهد.

قراردادی مکتوب بین مشتری و بانک براساس ایجاب و قبول برقرار می‌شود و به‌طور طبیعی باید ارکان دیگر عقد همانند عامل، مالک، سرمایه و کار منطبق با شرایط مندرج در فقه باشد.

چنان‌که مشاهده شده است بعد از پرداخت وجه نقد از طرف بانک، مشتری موظف است کار منطبق با قرارداد انجام شده، یعنی خرید ماشین‌آلات را صورت دهد، لیکن گاه مشاهده می‌شود که چکی را که بانک بابت خرید ماشین‌آلات در وجه فروشنده کالا می‌کشد، عامل آن را نقد کرده و در کلیه مایحتاج خود غیر از موضوع قرارداد مصرف می‌کند. از این‌رو با سرمایه بانک هیچ کاری صورت نگرفته و در پایان عقد مضاربه به ارائه فاکتورهای تجاری غیر واقع بسنده می‌شود. ارائه این‌گونه فاکتورها چیزی جز ظاهرسازی و صحنه‌سازی صوری نخواهد بود و ماهیت معامله را که با ارکان آن شکل گرفته است، در حاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد و ملاحظه می‌شود که بر حسب ظاهر قرارداد مضاربه منعقد شده، ولی کار مورد نظر صورت نگرفته است. بنابراین به ارکان مضاربه که عبارت‌اند از کار و سود حاصل از کار خدشه وارد شده است.

از این‌رو نظر شرع که انطباق قصد مشتری با ارکان مندرج در عقد است تحقق نپویسته و قصد ظاهری در عقد قرارداد با قصد باطنی که ناشی از عمل مشتری است منطبق نمی‌باشد. همچنین عامل در واقع مالک سود حاصل نخواهد شد و در مقابل مالکان واقعی پول (سایر مشتریان) ضامن می‌باشد و از نظر اخروی نیز معاقب و مسئول خواهد بود.

۱-۲-۱۷- قصد و شرط جبران زیان در عقود مشارکتی

گنجاندن برخی از شروط در ضمن قراردادهای بانکی گواهی است براینکه بانک و مشتری قصد حقیقی و واقعی برای انعقاد قرارداد ندارند. به‌عنوان مثال بانک به‌جای اینکه قرض ربوی دهد، تحت عنوان مشارکت مقداری سرمایه در اختیار متقاضی قرار می‌دهد تا متقاضی به‌عنوان عامل آن را در یک فعالیت اقتصادی سودآور به جریان اندازد. طبق قرارداد شرکت بانک و مشتری می‌بایست در سود و زیان سهیم باشند. حال اگر در عقد شرکت به‌منظور دفع زیان از یکی از متعاملین شرطی گنجانده شود، چنین شرطی با روح

و ماهیت این عقد منافات دارد، چرا که در عقد شرکت شرکاء در سود و زیان شریک هستند، لیکن با چنین شرطی تقسیم سود و زیان منتفی می‌شود. آنچه که متعاقدين می‌بایست در این عقد قصد کنند مفهوم شراکت در اصل سرمایه و در سود و زیان است. با چنین شرطی در ابتدای عقد، گویی متعاملین قصد شراکت ندارند. در قرارداد مضاربه نیز گنجانیدن شرطی که براساس آن حکم به جبران زیان‌های احتمالی از سوی عامل (تسهیلات گیرنده) می‌شود حاکی از عدم قصد انشاء قصد واقعی در انشاء عقد مضاربه است، زیرا در این قرارداد می‌بایست بانک سرمایه کافی را در اختیار تجار قرار دهد و در سود و زیان به‌دست آمده شریک باشد. از این‌رو اگر فعالیت‌های اقتصادی با شکست روبه‌رو شد و خساراتی را به‌بار آورد، بانک به‌عنوان شریک در آن سهیم است و نباید با چنین شرطی خود را از زیان‌های وارده مصون دارد. به‌نظر می‌رسد با چنین شرطی معامله فاقد قصد واقعی و باطل محسوب می‌شود. آنچه در عمل اتفاق می‌افتد این است که بانک تسهیلاتی را به متقاضیان می‌دهد و پس از مدتی آن را با سود تحویل می‌گیرد و بانک نباید با آوردن برخی از شروط ضمن عقد ریسک نوسان‌های نرخ سود را پوشش دهد و همین‌طور با تحمیل بعضی شروط قرارداد مشارکتی که سود ندارد از آن سود بگیرد.

۱۸- مشکلات و چالش‌ها

لازم است نکاتی مورد توجه قرار گیرد:

۱۸-۱- ابهام و ایرادات موجود در قراردادها و عقود اسلامی

قراردادهای منعقد بین گیرنده تسهیلات و بانک علاوه بر پیچیدگی و دشواری، از جهت ماهیت دارای ایرادهای متعددی است. عمده‌ترین ایراد موجود در این‌ها ((تناقض محتوایی)) است. برای نمونه آنجا که در متن قراردادها از مشارکت بحث می‌شود، گاهی مفاهیم بدهی یا دین مطرح می‌شود. آشکار است که در مباحث مربوط به عقد مشارکت، بانک و مشتری در انجام پروژه مورد سرمایه‌گذاری شریک شده‌اند و تا اتمام فعالیت

نمی‌توان از بدهی سخن به‌میان آورد. نکته مهم دیگری که می‌توان اظهار داشت این است که قراردادهای موجود علاوه بر اینکه در برخی از موارد از روح عقود فاصله می‌گیرند در برخی از موارد مبهم بوده و به‌درستی به مشتری تفهیم نمی‌شوند.

۲-۱۸- تعریف بانک

براساس تعریف ارائه شده از بانک، بانک یک مؤسسه انتفاعی است که با سرمایه‌های خود و سپرده‌های مشتریان به‌منظور کسب سود، اقدام به جمع‌آوری سپرده‌ها، دادن تسهیلات، اعتبار و خدمات بانکی می‌کند. این تعریف اگر چه در جهت انطباق با بانکداری ربوی است، لیکن در بانکداری بدون ربا قابل دفاع نیست، ولی از حیث تبیین ماهیت بانک به‌عنوان یک مؤسسه انتفاعی در تعیین قلمرو فعالیت آن در میان مؤسسات مشابه قابل دفاع است. به همین جهت آشکار است با توجه به اینکه در بانکداری اسلامی بدون ربا اعطای تسهیلات با رعایت ضوابط شرعی به جمع‌آوری سپرده‌های بانکی در قالب تجهیز منابع و تخصیص منابع می‌کند، لیکن با دقت در این نوع قراردادها مشاهده می‌شود که روح کلی حاکم بر قراردادهای بانکی سودآوری آن است.

۳-۱۸- الزامات قانونی در بانک دارای بدون ربا

تسری مسئله سپرده‌های قانونی نزد بانک مرکزی به سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار بانک‌ها یکی از موضوع‌های قابل بررسی در نظام بانکداری بدون رباست.

۴-۱۸- عدم تقارن اطلاعات

عدم تقارن اطلاعات اشاره به وضعیتی دارد که در آن یک طرف قرارداد دارای اطلاعات بسیار کم‌تری نسبت به طرف دیگر قرارداد است، که در بانکداری کشور دو مشکل اساسی را پیش می‌آورد. نخست اینکه ممکن است پیش از انعقاد قرارداد، انتخاب نامناسبی صورت گیرد که در ادبیات پولی و بانکی به آن انتخاب معکوس گفته می‌شود. دوم اینکه ممکن است پس از انعقاد قرارداد به‌دلیل عدم کنترل و نظارت بر رفتار و

اقدامات مشتری، تسهیلات دریافتی در کار یا فعالیت دیگری با ریسک بالاتر به کار رود و یا اینکه میزان درآمد یا سود مورد توافق کتمان شود. این وضعیت در ادبیات پولی و بانکی به مخاطره یا مشکل اخلاقی مشهور است.

۵-۱۸- ناهمگون بودن قراردادهای بانکی با اهداف و نیاز مشتریان

زمانی که مشتری نتواند نیاز خود را از طریق عقود کنونی بانکی تأمین کند از مسیرهای غیرواقعی وارد می‌شود و کلیه تسهیلات ارائه شده بانک را به نفع نیاز خود مطالبه می‌کند. چنانچه نظام بانکی متناسب با نیاز مشتریان تسهیلات ارائه کند دیگر نیاز به ارائه فاکتور صوری از جانب مشتری نخواهد بود و از طریق یک نظام متناسب و اصولی، می‌توان جلوی بسیاری از فعالیت‌های غیرشرعی را گرفت و فضای فعالیت‌های اقتصادی را سالم‌سازی کرد.

۶-۱۸- پیچیدگی عقود

در برخی از عقود بانکی، مثلاً قرارداد سلف و جعاله آنچنان پیچیدگی‌هایی از نظر فقهی حقوقی وجود دارد که گاهی خود کارگزار بانک متوجه زوایای موجود در عقد نمی‌شود.

۷-۱۸- تعدد بیش از حد عقود

به‌کارگیری ۱۲ نوع قرارداد با ماهیت‌های متفاوت، قرض الحسنه، مبادله‌ای با سود معین، مشارکتی با سود متغیر و سرمایه‌گذاری مستقیم در بخش تخصیص منابع کارگزاران بانک را دچار سردرگمی کرده و در توجیه مشتریان هم با مشکل روبه‌رو خواهند شد.

۸-۱۸- ناآشنایی مشتریان بانک با قراردادهای بانکی

ناآشنایی مشتریان بانک با قراردادهای بانکی یکی دیگر از مشکلاتی است که باید به آن توجه کرد، مشتریان بیش تر بدون اطلاعات کافی، قراردادهایی را منعقد می کنند که علاوه بر آثار حقوقی آن ها حتی با نوع آن نیز ناآشنا هستند. دادن اطلاعات کافی و روشن از حقوق مشتریان است که بانک موظف به انجام آن است.

۹-۱۸- محدودیت های غیر ضروری در قراردادهای بانکی

در قراردادهای بانکی گاهی برای هر قرارداد شرایط ویژه ای برشمرده است که ضرورتی بر وجود آن نبوده و مشتریان برای برآورده کردن شرایط عقد ناچار می شوند به یک عمل صوری دست بزنند. مثلاً اعطای تسهیلات فروش اقساطی برای ماشین دست اول.

۱۰-۱۸- عدم تناسب برخی عقود با ماهیت بانک

در الگوی کنونی بانکداری بدون ربا در ایران هیچ فرقی بین بانک های تجاری و بانک های تخصصی وجود ندارد، در حالی که برخی از عقود مانند مزارعه و مساقات تنها در بانک تخصصی کشاورزی قابلیت اجرا دارد.

۱۱-۱۸- هزینه بالای اجرای برخی از عقود در بانک ها

عقود مشارکتی به ویژه مشارکت مدنی و مضاربه همین طور سرمایه گذاری مستقیم احتیاج به ساختار و نیروی انسانی مناسب دارد تا بانک با مطالعه دقیق طرح ها از توجیه اقتصادی آن ها آگاه شود و تصمیم کارشناسی بگیرد و با نظارت و کنترل مؤثر بتواند از حقوق بانک و سپرده گزاران دفاع کند. این در حالی است که بانک های تجاری در همه بخش های اقتصادی فعالیت می کنند و ساختار نیروی انسانی متخصص و مناسب برای این کار را ندارند و اگر بخواهند در عرصه های مختلف از کارشناسان مختلف استفاده کنند هزینه عملیات آن به شدت افزایش می یابد.

۱۲-۱۸- تعیین نرخ‌های ترجیحی از جانب بانک

بانک‌ها از نظر اینکه شورای پول و اعتبار آن‌ها را موظف می‌کند از گروه اول قراردادهای مبادله‌ای حداکثر ۱۴ یا ۱۵ درصد سود بگیرند و از عقود مشارکتی بانک می‌تواند ۲۱ درصد سود بگیرد، طبق برآورد بانک در عقود مبادله‌ای ۶ درصد کاهش سود پیدا می‌کند. بنابراین سعی می‌کند هر چند به صورت صوری در قالب عقد مشارکتی کار کند. از این رو می‌بینیم عقود مشارکتی تناسبی با نوع کار ندارند و تنها به خاطر سود بیش تر قرارداد منعقد می‌شود.

۱۳-۱۸- عدم نظارت بانک در هنگام اجرای قرارداد

براساس آیین‌نامه بانک، ارزیاب باید صحت و سقم گفته‌های مشتری بانک را جست‌وجو کند و براساس آن قراردادهای بانکی تنظیم شود، لیکن مشاهده می‌شود در مرحله ارزیابی چنین تفحصی صورت نمی‌گیرد.

۱۹- راهکارها و پیشنهادها**۱-۱۹- تخصصی شدن بانک‌ها**

بانک‌ها می‌توانند با تخصصی شدن خود به بازبینی اهداف خود بپردازند. از آنجا که یک بانک عملاً نمی‌تواند همه کارشناسی‌های لازم را داشته باشد و از نظر شرعی بودن نسبت به آن اظهار نظر کند، با تخصصی شدن می‌تواند هم اهداف بانک متناسب با آموزه‌های اسلامی و عدالت اقتصادی تنظیم شود و هم هزینه‌های نظام بانکی کاهش پیدا کند و بازدهی آن افزایش یابد.

۲-۱۹- ضمانت اجرایی برای رعایت ضوابط بانکداری بدون ربا

باید سازوکارهایی در نظر گرفته شود تا عمل‌کنندگان به قانون تشویق و خطاکاران مجازات و تنبیه شوند.

۳-۱۹- تسهیلات نظام بانکی متناسب با نیاز مشتریان

در واقع بانکها باید به مثابه سوپر مارکتی باشند که بتوانند به تمام تقاضاهای متقاضیان از طریق ارائه تسهیلات پاسخ مناسب دهند، تا شخص مجبور نباشد به جای فروش اقساطی کالا از قراردادهای دیگری مانند جعاله استفاده کند.

۴-۱۹- برگزاری دوره‌های آموزشی برای مدیران و کارمندان بانکی

وقتی که کارمندان بانک شناخت صحیح و کاربردی از قراردادها ندارند در نتیجه نمی‌توانند مشتری بانک را خوب راهنمایی کنند، چنان‌که در قالب چند قرارداد با مشتری کار می‌کنند. لیکن نیاز مشتری آن نیست و چون از مفاد و آثار عقود شرعی و مشکلات عدم اجرای آن بی‌اطلاع هستند و فقط در قالب قراردادهای بانکی به آن‌ها اطلاع‌رسانی شده است. از این‌رو گذراندن این دوره‌ها ضروری است.

۵-۱۹- اطلاع‌رسانی و تبلیغات از طریق رسانه‌ها

از آنجا که مردم و مشتریان بانک شناخت دقیقی از قراردادهای بانکی ندارند برای ارتقای فرهنگ عمومی جامعه در این زمینه، رسانه‌ها باید اطلاع‌رسانی دقیق درباره ماهیت قراردادها و احکام فقهی و شرعی آن‌ها به مردم ارائه دهند. پیشنهاد می‌شود که آموزش اصول بانکداری بدون ربا در دوره متوسطه گنجانده شود و در دوره دانشگاه تکمیل شود.

۶-۱۹- بازنگری در آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های بانکی

بانکها فقط در چند مورد می‌توانند از فروش اقساطی استفاده کنند که در بخش خانوار برای فروش خودرو و لوازم خانگی استفاده می‌شود. در حالی که مردم گاهی مواقع نیازهای دیگری دارند. به‌عنوان مثال برای تعمیر خانه نیاز به مصالح ساختمانی دارند، لیکن آیین‌نامه فروش اقساطی اجازه این کار را نمی‌دهد، از این‌رو به قرارداد صورتی متوسل می‌شوند. بنابراین لازم است در کنار بازنگری آیین‌نامه و دستورالعمل در صورت لزوم کمیت و کیفیت عقود تغییر پیدا کند.

۷-۱۹- آشنایی مشتری با نوع قرارداد

برای آشنایی افراد و اطلاع‌رسانی در هنگام عقد قرارداد می‌توان متن قراردادی که بین دو طرف بسته می‌شود با فونت درشت درج شود و حداقل دو روز پیش از اخذ تسهیلات و یا هنگامی که به بانک مراجعه و درخواست تسهیلات از بانک دارد متن قرارداد به فرد داده شود تا مشتری فرصت اجازه و مطالعه داشته باشد و بعداً امضاء کند تا متوجه باشد چه چیز را امضاء کرده است و همین‌طور فردی که از طرف بانک اسناد را تنظیم می‌کند نیز باید از متن قرارداد آگاه باشد که چه شرایط و قیودی را به‌همراه دارد. چنانچه مشتری احتیاج به توضیحات شفاهی دارد، این توضیحات از طریق افراد و کارکنان بانک انجام شود و پس از انجام قرارداد نیز مانند قراردادهای متعارف تمام دنیا یک نسخه در اختیار مشتری و یک نسخه در اختیار بانک قرار گیرد.

زیرا دلیلی وجود ندارد که هیچ مدرکی نزد مشتری نباشد، از این‌رو مهم‌ترین مواد مندرج در قرارداد که به منزله ارکان قرارداد است در یک صفحه تنظیم و با دقت توسط مشتری مطالعه شود. این اقدام سبب می‌شود متقاضی متوجه شود در قالب چه قراردادی از بانک تسهیلات اخذ می‌کند و مهم‌ترین ارکان آن چیست؟

۸-۱۹- استفاده از عقد مرابحه

هم‌اکنون با ورود عقد مرابحه به نظام بانکی با توجه به قابلیت‌ها و ویژگی‌ها و گستردگی‌های آن تا حدودی از صوری شدن عقود جلوگیری خواهد شد.

۹-۱۹- نظارت مستمر بانک در اجرای صحیح قراردادهای تجهیز و تخصیص منابع به خصوص در عقود مشارکتی**۱۰-۱۹- فرهنگ‌سازی**

به منظور فرهنگ‌سازی و تفهیم این نکته به ذی‌نفعان نظام بانکی که صوری‌سازی قراردادهای موجب بطلان عقود و عدم امکان تصرف متقاضی در وجوه می‌شود، لازم است

کارگزاران مشتریان براساس قانون و دستورالعمل و آیین‌نامه‌های مربوطه عمل کنند و هرگز از آن تخطی ننمایند.

۱۱-۱۹- تشکیل کمیته‌های فقهی

تشکیل کمیته‌های فقهی در شعبه مرکزی تمامی بانک‌های فعال کشور و نظارت شرعی در ستاد مرکزی تمامی بانک‌ها و مؤسسات مالی، نظارت بانک مرکزی از دو نظر می‌تواند باشد، یکی از حیث شرعی و صحت قراردادها و دیگری روند سالم مالی. نظارت شرعی تقریباً نادیده انگاشته می‌شود ولی نظارت مالی هم در سطح بانک‌ها و هم در سطح مؤسسات مالی و اعتباری موجود است، لیکن کافی نیست، روند رو به رشدی را داشته است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اول- همان‌طور که بیان شد، برای تحقق قصد وجود انشاء جدی و رضایت موجب و قابل شرط صحت عقد است که در بحث حاضر، رضایت موجب و قابل وجود دارد، لیکن انشاء جدی برای انجام معامله خدشه‌دار شده است.

دوم- انشاء جدی که از اجزاء قصد می‌باشد ابتدا توسط خود موجب و قابل در هر نوع از قراردادهای تجهیز و تخصیص منابع ایجاد می‌شود و بعد از انعقاد قرارداد و تعیین نوع معامله (به‌همراه قصد) در ارکان عقد، باید از نظر شارع پیروی شود و خروج از مسیر تعیین شده توسط شارع، خروج از قصدی است که در ابتدای معامله صورت گرفته است.

سوم- وقتی در ارکان معامله‌ای که توسط شارع قرار داده شده است انحرافی ایجاد شود، به‌طور طبیعی نتیجه آن هم منطبق با قصد متعاملین (تعیین نوع عقد) نخواهد بود و قاعده "ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع" نسبت به آن صادق است.

کتاب‌نامه

- [۱] (مکارم: *القواعد الفقهیه*، ۱۳۸۲، جلد اول، ۱۷، قم، دارالکتب الاسلامیه).
- [۲] ابن‌منظور، محمد ابن مکرم، لسان العرب، ۱۴۰۸، *دارالاحیاء التراث العربی*، بیروت.
- [۳] حلی، جعفر ابن حسن (محقق): *شرایع الاسلام*، ۱۴۰۹، تهران انتشارات استقلال.
- [۴] جعفری لنگرودی، محمد جعفر: *دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجاری*، ۱۳۸۸، تهران، ابن سینا.
- [۵] *ترمینولوژی حقوق*، ۱۳۷۲، تهران، ابن سینا.
- [۶] هدایتی، سیدعلی اصغر: *عملیات بانکی داخلی ۲*، ۱۳۸۰، تهران، مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- [۷] علامه حلی، حسن ابن یوسف: *مختلف الشیعه*، ۱۴۱۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۸] انصاری، شیخ مرتضی: *المکاسب*، ۱۳۷۵، تبریز، اطلاعات.
- [۹] طباطبائی، سیدعلی: *ریاض المسائل*، ۱۴۰۴، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع).
- [۱۰] عاملی (شیخ حر)، محمد ابن حسن: *وسائل الشیعه*، ۱۴۰۳، بیروت، چاپ دارالاحیاء التراث العربی.
- [۱۱] میرفتاح: *عناوین الاصول*، ۱۲۷۴، چاپ سنگی.
- [۱۲] نراقی، ملا احمد: *عوائد الایام*، بی تا، بی جا، انتشارات بصیرتی.

- [۱۳] منیه الطالب، ۱۳۵۷، نجف اشرف، مرتضویه.
- [۱۴] میرزای نائینی، محمدحسین: *فوائد الاصول*، ۱۴۰۹، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
- [۱۵] عاطف النقیب: *نظریه العقد*، ۱۹۸۸، چاپ اول، بیروت.
- [۱۶] شیخ مفید، محمد: *المقنعه*، ۱۴۱۰، قم، جامعه المدرسین، چاپ سنگی.
- [۱۷] بهمند، محمد: *بانکداری داخلی ۱*، ۱۳۸۶، تهران، مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- [۱۸] موسویان، سیدعباس: *طرح تحول نظام بانکی*، ۱۳۹۰، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- [۱۹] حسینی المراغی، عبدالفتاح: *عناوین الفقهیه*، ۱۴۱۷، تهران انتشارات اسلامی.
- [۲۰] رضوانی. *مجموعه مقالات پنجمین سمینار بانکداری اسلامی بانک مرکزی*، ۱۳۷۱، تهران.
- [۲۱] طبیبیان، سید محمد: *بانکداری بدون ربا در همگرایی با بانکداری بین المللی*، ۱۳۸۴، تهران، مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- [۲۲] امام خمینی، روح الله: *کتاب البیع*، ۱۴۱۰، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۳] عاملی (شهید ثانی) و زین الدین ابن علی: *شرح اللمعه*، ۱۴۱۰، قم، داورى.
- [۲۴] کاتوزیان، ناصر: *حقوق مدنی (مشارکتها و صلح)*، ۱۳۶۸، تهران، انتشارات گنج دانش.

[۲۵] فرزین وش، اسدالله: *بررسی عقود در بانکداری اسلامی*، ۱۳۸۳، تهران، پژوهشکده پولی و مالی.

[۲۶] نجفی، محمدحسن و جواهر الکلام، ۱۹۸۱: *دارالاحیاء التراث العربی*، بیروت.

[۲۷] موسویان، سیدعباس: *بانکداری بدون ربا از نظریه تا عمل*، ۱۳۷۹، تهران، مؤسسه فرهنگ دانش و اندیشه اسلامی.