



Legal Challenges of Islamic Banking in Granting Mortgage-Based Facilities

Ghafour Khoeini ¹, Mostafa Shokri ²

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), Email: shokri.lawoffice@gmail.com

2. PhD Candidate, Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran, Email: gh.khoeini@khu.ac.ir

Abstract

Banking, as a European institution, today plays a central role in economic and political arenas at both national and international levels. In Iran, the Law on Usury-Free Banking Operations enacted in 1983 prescribed a new framework for the banking sector, banks in practice continue to follow the logic and mechanisms of conventional banking—one of whose fundamental premises is the acceptance of the usurious nature of banking operations—particularly in the granting of facilities and the calculation of profits. In order to expedite the process of taking collateral, banks often execute mortgage deeds prior to the realization of debt, and when confronted with the religious and legal impediments to mortgaging before the debt arises, they nominally stipulate insignificant amounts under the guise of qard al-hasan (interest-free loans). On the other hand, the acceptance of intangible assets (such as securities, goodwill, and commercial instruments) as collateral faces challenges due to the requirement of possession and delivery of the pledged property and the non-recognition of pledges over debt and usufruct. Moreover, in participatory banking contracts, since the debt materializes only after the partnership period, the validity of the mortgage contract—owing to the absence of an existing debt—remains a matter of legal dispute. In cases of refinancing and debt restructuring, prior guarantees lose their validity if the provisions of Article 293 of the Civil Code are not observed. These challenges have exposed banks to legal risks related to the non-recovery of claims and have led to divergences in practice, both in banking operations and within the judicial system's handling of related disputes. A shift in legislative and judicial approaches to banking collateral moving away from the mortgage contract as the sole framework for secured transactions in banking contracts and recognizing an unnamed contract with mutually agreed conditions as a substitute could represent a forward step toward better alignment of banking law with contemporary economic requirements.

Keywords: Banking, Mortgage, Banking Facilities, Islamic Banking, Usury

Received: 06/02/2026; **Revised:** 09/05/2026; **Accepted:** 31/05/2026; **Published online:** 09/06/2026

How To Cite: Khoeini, GH & Shokri, M. (2026). Legal Challenges of Islamic Banking in Granting Mortgage-Based Facilities. *Private Law Doctrines of Islamic Countries*, 3(1), 25-54. <https://www.doi.org/10.22091/dplic.2026.15244.1091>



چالش‌های حقوقی بانکداری اسلامی در اعطای تسهیلات مبتنی بر رهن

غفور خویینی^۱، مصطفی شکری^۲

۱. دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: gh.khoeini@khu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی تهران، ایران، رایانامه: shokri.lawoffice@gmail.com

چکیده

بانکداری به‌عنوان یک تأسیس اروپایی، امروزه نقشی محوری در عرصه‌های اقتصادی و سیاسی در سطح ملی و بین‌المللی ایفا می‌کند. در ایران وقوع انقلاب اسلامی به‌عنوان نقطه عطفی در تغییر نظام بانکی کشور، رویکرد جدیدی را در حوزه تجهیز و تخصیص منابع پولی در بانکداری باعث گردید. محور اصلی این تغییرات، تلاش در جهت انطباق بانکداری با احکام اسلامی بوده است. با اینکه قانون «عملیات بانکی بدون ربا» مصوب ۱۳۶۲ راهبرد نوینی را برای حوزه بانکداری تجویز کرده است، بانک‌ها در عمل همچنان از منطق و سازوکارهای بانکداری متعارف که یکی از الزامات آن پذیرش ربوی بودن عملیات بانکی است، در اعطای تسهیلات و محاسبه سود پیروی می‌کنند. بانک‌ها برای تسریع در ترهین اموال، سند رهنی را پیش از تحقق دین تنظیم می‌کنند و در مواجهه با موانع شرعی و قانونی ترهین قبل از تحقق دین در سند رهنی، مبالغ ناچیزی را تحت عنوان عقد قرض الحسنه به صورت صوری قید می‌کنند. از سوی دیگر، پذیرش اموال غیرمادی (مانند اوراق بهادار و سرقفلی و اسناد تجاری) با توجه بر الزام قبض و اقباض مال مرهونه و عدم پذیرش رهن دین و منفعت، با چالش‌هایی مواجه بوده است. همچنین در عقود مشارکتی بانکی، چون دین پس از دوره شراکت محقق می‌شود، صحت عقد رهن به دلیل عدم وجود دین، محل جدل است. در موارد تحقق ریفاینس و تبدیل تعهدات، ضمانت‌های پیشین بدون رعایت مفاد ماده ۲۹۳ قانون مدنی فاقد اعتبار خواهد بود. این چالش‌ها هم بانک‌ها را در معرض مخاطرات حقوقی عدم وصول مطالبات قرار داده و باعث ایجاد افتراق رویه هم در عرصه عملکرد بانک‌ها و هم در عملکرد سیستم قضایی در رسیدگی به موضوعات مرتبط شده است. تغییر رویکرد تقنینی و قضایی در خصوص وثایق بانکی و خروج عقد رهن به‌عنوان تنها قالب عقود وثیقه‌ای در قراردادهای بانکی و پذیرش عقدی غیر معین و با شرایط توافق شده به جایگزینی عقد رهن، می‌تواند قدمی رو به جلو در جهت تطابق هر چه بیشتر حقوق بانکی با الزامات اقتصادی روز باشد.

کلیدواژه‌ها: بانکداری، رهن، تسهیلات بانکی، بانکداری اسلامی، ربا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۱/۱۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۵/۰۲/۱۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۱۰؛ تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۵/۰۳/۱۹
استناد: خویینی، غفور و شکری، مصطفی (۱۴۰۵) چالش‌های حقوقی بانکداری اسلامی در اعطای تسهیلات مبتنی بر رهن، آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۳(۱)، ۵۴-۲۵. <https://www.doi.org/>

10.22091/dplic.2026.15244.1091



نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

مقدمه

از زمانی که بشر معاملات پایاپای و تهاتری را به دلیل مشکلات عدیده آن کنار گذاشت و به اهمیت و نقش پول به عنوان واسطه در معاملات پی برد، بانکداری پا به عرصه اقتصاد در دولت‌ها نهاد. با ظهور ادیان یهودیت و مسیحیت و اسلام که هر سه نسبت به دریافت بهره مواضع سختی اتخاذ کرده بودند، فعالیت‌های بانکی در حوزه نفوذ آن ادیان با محدودیت‌هایی روبه‌رو شد. با این وجود، نیاز به تأمین مالی تجارت، به‌ویژه در میان تاجران و کاروان‌ها، موجب شد تا اشکال جدیدی از بانکداری پدید آید. در کشور ایران پس از انقلاب اسلامی و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲، بانکداری با تحولی بزرگ مواجه گردید. با این حال، تحول نظام بانکی عمده‌تاً در سطح قالب و اشکال ظاهری صورت پذیرفته و در بُعد ماهوی، بانکداری متعارف در برابر تغییر مقاومت نشان داده است. به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد، با گذشت بیش از چهار دهه از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، هنوز هم بانک‌ها در فرآیند اعطای تسهیلات و محاسبه سود مورد انتظار، عملاً از همان الگوهای بانکداری متعارف بهره می‌گیرند. درواقع، تنها قالب قراردادها به عقود اسلامی تغییر یافته، درحالی که منطق و کارکرد اقتصادی نظام تسهیلاتی بانک‌ها همچنان بر مبانی بانکداری عرفی متکی باقی مانده است.

بانکداری اسلامی در کشورهایی مانند مالزی و اندونزی به عنوان بخشی از سیستم بانکی وجود دارد؛ به گونه‌ای که بانکداری مبتنی بر شریعت در کنار بانکداری متعارف توسعه یافته است (Rozali & Sidik, 2024: 16). در این چارچوب، مالزی با تصویب «قانون بانکداری اسلامی ۱۹۸۳» و اندونزی با قوانینی همچون «قانون شماره ۲۱ سال ۲۰۰۸»، بسترهای حقوقی لازم را برای فعالیت مؤسساتی فراهم کرده‌اند که هدف آن‌ها حذف ربا و غرر از نظام مالی است (Sobol, 2016: 169). این کشورها با بهره‌گیری از نهادهایی همچون «بانک اسلام مالزی برهاد»^۱ و «بانک معاملات اندونزی»^۲ علاوه بر پاسخ‌گویی به نیازهای مذهبی شهروندان، به مراکز مهم مالیه اسلامی در سطح بین‌المللی تبدیل شده‌اند. بانکداری عرفی أخذ تضامین متناسب با تسهیلات مورد درخواست را در هر شرایطی موجه می‌شمارد، درحالی که بر اساس قواعد عمومی و قوانین حاکم بر حقوق بانکی، تحقق رهن در مقابل دیون ناشی از اعطای تسهیلات بانکی، منوط به فراهم بودن اسباب و شرایط خاصی است. لذا در این

1. Islamic Bank Berhad

2. Bank Muamalat Indonesia

مقاله به‌طور خاص به موضوع جایگاه این عقود در قانون مدنی و همین‌طور در قانون عملیات بانکی پرداخته و چالش‌های موجود در رویه عملی بانک‌ها در برابر ترهین و توثیق اموال توسط تسهیلات گیرندگان بانک و جایگاه قانونی و شرعی رویه بانک‌ها در این خصوص مورد نقد قرار می‌گیرد. در این نوشتار با نگاهی اجمالی به روند شکل‌گیری بانکداری در ایران، قانون عملیات بانکی بدون ربا به‌طور خاص مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در ادامه تفاوت‌های بنیادین میان نظام بانکداری اسلامی و بانکداری عرفی مورد تحلیل قرار می‌گیرد. همچنین جایگاه عقد رهن به‌عنوان نهادی تضمینی که در فرآیند اعطای تسهیلات بانکی موجب بروز چالش‌های فقهی و حقوقی برای بانک‌ها و مشتریان شده است، تحلیل خواهد شد. در پایان با تمرکز بر عقد رهن، یکی از چالش‌های اساسی در مسیر انطباق ساختار بانکداری با الزامات شرعی و اقتضائات حقوقی بانکداری اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم بانک و بانکداری

بانکداری به تمدن‌های باستانی نظیر سومر، مصر، بابل، یونان و روم بازمی‌گردد. در این دوران، معابد و کاخ‌ها به‌عنوان مراکز ذخیره‌سازی دارایی‌ها و اعطای وام عمل می‌کردند. برای مثال، در سومر حدود ۲۰۰۰ سال پیش از میلاد، معابد وظیفه نگهداری غلات و طلا و سایر دارایی‌ها را بر عهده داشتند و به کشاورزان و کسب‌وکارهای کوچک قرض می‌دادند. در بابل، بانک اجیبی یکی از اولین مؤسسات مالی بود که فعالیت‌هایی نظیر سپرده‌گذاری، اعطای وام، خرید و فروش املاک و ارائه اسناد تجاری مشابه چک‌های امروزی را انجام می‌داد. با گذشت زمان، بانکداری به یک سیستم سازمان‌یافته‌تر و پیچیده‌تر تبدیل شد، به‌ویژه با تأسیس اولین بانک‌های مدرن در ایتالیا در قرون وسطی. در قرن هفدهم بانک انگلستان تأسیس شد که گام مهمی در ایجاد بانک‌های مرکزی و ظهور شیوه‌های بانکی مدرن بود. این دوره شاهد توسعه ابزارهای مالی جدید مانند چک‌ها و حساب‌های جاری بود که مبادلات اقتصادی را تسهیل می‌کرد. در این دوره خانواده‌های ثروتمند و صرافان ایتالیایی، به‌ویژه در شهرهای فلورانس، ونیز و جنوا، سیستم‌های مالی پیشرفته‌تری را ایجاد کردند. بانکو^۱ در زبان ایتالیایی به معنای میز یا نیمکتی بود که صرافان برای انجام معاملات از آن استفاده می‌کردند. همین واژه منشأ اصطلاح «بانک» در زبان‌های اروپایی شد.

1. Banco

بانکداری عرفی یا متعارف^۱ و بانکداری اسلامی^۲ دو نمونه از نظام‌های بانکی هستند که هریک رویکردهای خاص خود را در جذب و تخصیص منابع مالی دارند. این دو سیستم در جنبه‌های نوع عملکرد و کارایی با یکدیگر تفاوت‌های بارزی دارند. تبعاً این تفاوت‌ها نه تنها بر نحوه مدیریت منابع مالی، بلکه بر ساختار اقتصادی و اجتماعی جوامع نیز اثرگذار بوده است. در این بخش، ابتدا به بررسی مبانی و ویژگی‌های نظام بانکداری متعارف پرداخته می‌شود و سپس چارچوب، عقود و سازوکارهای بانکداری اسلامی و نظام بانکداری اسلامی ایرانی مبتنی بر قانون «عملیات بانکی بدون ربا» ارزیابی می‌گردد.

۱-۱. بانکداری متعارف

بانکداری متعارف یا عرفی که از آن به عنوان بانکداری «سنتی» نیز یاد می‌شود، یک سیستم مالی حقوقی است که برای قرن‌ها سنگ بنای فعالیت‌های اقتصادی بوده است و طیف وسیعی از خدمات ارائه شده توسط بانک‌ها از جمله پذیرش سپرده و اعطای وام و ارائه تسهیلات مالی مختلف را شامل می‌شود. بانکداری سنتی با واسطه‌گری بین سپرده‌گذاران و وام‌گیرندگان و ارائه خدمات مدیریت نقدینگی و ریسک از رشد اقتصادی حمایت می‌کند. در این فعالیت واسطه‌گری، بخش بانکی از یک سو با افزایش کارایی انباشت سرمایه و در نتیجه بهره‌وری نهایی سرمایه و از سوی دیگر با افزایش نرخ پس‌انداز و در پی آن، افزایش نرخ سرمایه‌گذاری در خدمت رشد اقتصادی است (Kazak et al, 2023: 16). هسته بانکداری متعارف حول مفهوم بهره می‌چرخد. بانک‌ها در این سیستم سپرده‌های مشتریان را جمع‌آوری می‌کنند و به آن‌ها سود می‌پردازند. سپس بخشی از این سپرده‌ها را با نرخ بهره بالاتر به وام‌گیرندگان قرض می‌دهند. تفاوت بین سود دریافتی وام و سود پرداختی به سپرده‌ها، حاشیه سود خالص بانک است که منبع اصلی بهره است (Kazak et al, 2023).

از معایب این نوع بانکداری می‌توان به نرخ بهره بالای برخی وام‌ها اشاره کرد. این نرخ‌های بالا می‌تواند بار مالی سنگینی بر دوش مشتریان بگذارد و در برخی موارد، آن‌ها را از دریافت وام منصرف کند. یکی دیگر از مهم‌ترین شاخصه‌های بانکداری عرفی آن است که بانک در اعطای وام، نظارتی بر نحوه مصرف وام ندارد و صرفاً با دریافت تضامین متناسب از متقاضی، وام را در اختیار وی قرار می‌دهد.

1. Conventional Banking

2. Islamic Banking

تنها نقطه تلاقی بین بانک و وام‌گیرنده، مواعد بازپرداخت وام است. اینکه وام‌گیرنده بعد از دریافت وام، مبالغ دریافتی را صرف چه موضوعی می‌نماید، برای بانک اهمیتی ندارد و بانک در صورت عدم پرداخت اقساط وام، مطالبات خود را از محل وثایق دریافتی وصول می‌کند. بدیهی است که با این رویکرد بانک، وثایق بانکی در نظام بانکداری عرفی، جایگاه کلیدی و تعیین‌کننده‌ای دارند و لذا قوانین و قواعد ناظر بر وثایق بانکی در بانکداری ربوی به گونه‌ای تدوین شده‌اند که بانک‌ها بیشترین اختیار و ظرفیت اقدام قانونی را در کوتاه‌ترین زمان و کم‌ترین مانع در مسیر وصول مطالبات خود داشته باشند.

در برخی نظام‌های بانکداری متعارف نیز دولت به منظور تحقق اهداف اقتصادی خود، برخی بانک‌ها را برای تأمین منابع مالی برخی پروژه‌های خاص موظف می‌نماید. این نوع بانک‌ها معمولاً در کشورهای در حال توسعه و به منظور حمایت از طرح‌های توسعه‌ای تأسیس می‌شوند و به بانک‌های تخصصی و توسعه‌ای معروف هستند (نیستانی و دیگران، ۱۴۰۳: ۹۲۷). نرخ سود بهره در این بانک‌ها به نحو چشم‌گیری پایین‌تر از نرخ سود وام در سایر بانک‌ها است و لذا مسیر تصویب و تأمین و تخصیص وام‌های پرداختی را مورد رصد و نظارت دقیق قرار می‌دهند تا از تخصیص منابع مالی مذکور به پروژه مورد نظر و پیشرفت آن اطمینان حاصل نمایند. این نوع از بانک‌ها با حمایت مالی دولت تشکیل شده و در راستای اهداف تعیین‌شده از سوی دولت فعالیت می‌کنند و هدف اصلی آن‌ها کسب سود بالاتر نیست و لذا داخل در حوزه عمومی بانکداری متعارف قرار نمی‌گیرند.

۲-۱. بانکداری اسلامی

در اوایل دهه ۱۹۶۰ میلادی بانکداری اسلامی (بدون ربا) در صحنه عملیات مالی و پولی متولد شد. بانکداری اسلامی را در تعریفی ساده می‌توان «بانکداری در تطابق با عادات و رسوم و نظام ارزشی اسلام» دانست. در آموزه‌های ادیان الهی در خصوص بانکداری نیز همچون سایر نهادهای اجتماعی نوظهور مانند صنعت بیمه، راهبرد و شیوه مدونی را نمی‌توان یافت. اما خطوط قرمزی را در تعاملات پولی و مالی بین افراد در جوامع دینی می‌تواند برشمرد که مهم‌ترین آن ممنوعیت اخذ بهره یا ربا از پول پرداختی است. این نوع بانکداری علاوه بر مدیریت ریسک متعارف، ضوابط و مقررات خود را در انطباق با احکام شریعت قرار داده است. بر این اساس بانک اسلامی را می‌توان این گونه تعریف کرد: یک نهاد مالی که احکام، قوانین و دستورالعمل‌هایی را به اجرا می‌گذارد که صراحتاً بیانگر تعهد آن به

اصول شرع اسلام (فقه) است و دریافت و پرداخت بهره در هر معامله‌ای را ممنوع (حرام) می‌کند (نظرپور و دیگران، ۱۴۰۳: ۱۰۱).

در سیستم بانکی عرفی یا ربوی، پدیده بهره در تمام فرآیندهای بین بانک و مشتریان و در معاملات بانکی در صدر اهمیت قرار دارد. این در حالی است که بهره بانکی عنصری است که در بسیاری از جوامع دینی مذموم است. در آموزه‌های اسلامی، نه تنها دریافت بهره، بلکه پرداخت آن و معامله با کسانی که با بهره سروکار دارند امر به شدت نکوهیده‌ای است. لذا حتی در برخی بانک‌های عرفی نیز بخشی تحت عنوان «بانکداری اسلامی» تشکیل شد و توسعه یافت که در آن معاملات، بدون بهره انجام می‌شود (Y Imaz, 2024: 5). بانکداری اسلامی در مقایسه با بانکداری متعارف، متضمن قیود و سخت‌گیری‌های قابل توجهی است. بسیاری از این محدودیت‌ها به تعبیری «خودتحمیلی» هستند، به این معنا که به جای نتیجه یک عامل خارجی، ناشی از تقاضای مشتری برای انطباق با دینداری (قوانین اسلامی) است (Azmat et al, 2020: 1). بانکداری اسلامی شاخصه ربوی بودن نظام بانکی متعارف را با معرفی تعدادی عقود شرعی و عقود مبادله‌ای حذف کرده است. برای مثال ماهیت حقوقی سپرده جاری را که امانت بوده است، به صورت سپرده قرض الحسنه معرفی نموده و تعدادی عقود شرعی جدید با نرخ سود ثابت با تضمین اصل سرمایه و تعدادی عقود مشارکتی را با نرخ سود متغیر جایگزین کرده است (توسلی و دیگران، ۱۳۹۹).

در عمل بانک‌های اسلامی در عملیات بانکی خود از دو نوع قالب قراردادی استفاده می‌کنند، قراردادهای مشارکت در سود و زیان^۱ شامل تجميع منابع برای حمایت از یک پروژه سرمایه‌گذاری و قراردادهای تأمین مالی تجارت‌محور^۲ شامل تأمین وجوه از طریق خریدوفروش یا اجاره دارایی‌های مشهود. درواقع محور اصلی بانکداری اسلامی مشارکت در سود و زیان است. طرفداران بانکداری اسلامی استدلال می‌کنند که بانک‌های اسلامی در درجه اول به دلیل ماهیت بدون بهره مرتبط با دارایی قراردادهای پایدارتر و مقاوم‌تر در برابر شوک‌های اقتصادی هستند (Saeed et al, 2023: 1005). با وجود اینکه بانکداری اسلامی به صورت فراگیر در کشورهای غربی وجود ندارد، مع الوصف همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، بانکداری ربوی به جهت ضرورت جذب حداکثری مشتریان در عرصه جهانی، رویکرد خود را به تخصیص بخشی از فعالیت خود به بانکداری اسلامی قرار داده است و در حال حاضر

1. Profit - loss - sharing (PLS)

2. Trade-based Financing (TBF)

بخش قابل توجهی از نظام بانکی چندین کشور آفریقای شمالی، میانه و شرق دور و حتی شعبی از بانک‌های اروپایی بر اساس بانکداری بدون ربا، خدمات بانکی خود را ارائه می‌دهند.

بانکداری اسلامی در سطح جهانی طی سه دهه گذشته رشد قابل توجهی داشته و بیش از ۲۰ درصد از دارایی‌های بانکی در برخی مناطق را به خود اختصاص داده است (Iqbal & Molyneux, 2016: 10). این رشد، به‌ویژه در کشورهایی مانند مالزی و کشورهای حوزه خلیج فارس، با اصلاح قوانین و پذیرش وثایق متنوع، از جمله اموال غیرمادی همراه بوده است (Iqbal & Molyneux, 2016: 50). در این نظام مالی، عقود اسلامی به‌ویژه عقد رهن و قراردادهای مشابه، نقش مهمی در تأمین مالی املاک دارند. برای نمونه، در مالزی بانک راکیات^۱ به‌طور رسمی از اصول شرعی از جمله عقد رهن در عملیات بانکی خود استفاده می‌کند (Rozali & Sidik, 2024: 17). همچنین قرارداد بیع به‌ثمن آجل^۲ که بخش قابل توجهی از تأمین مالی اسلامی در مالزی را تشکیل می‌دهد، عمدتاً در حوزه تأمین مالی مسکن و املاک به‌کار می‌رود و در عمل جایگزینی برای وام‌های ربوی سنتی محسوب می‌شود (Muhammed, 2009: 19-20).

در اندونزی نیز بانکداری اسلامی از طریق «بانک‌های روستایی اسلامی» و مؤسسات تأمین مالی خرد در سطح جامعه گسترش یافته و با استفاده از عقود اسلامی، نیازهای مالی مشتریان را پوشش می‌دهد (Ismail et al, 2008: 17). در مقابل نظام بانکداری اسلامی ایران به دلیل پایبندی به تفاسیر سنتی فقهی، در پذیرش وثایق غیرمادی مانند اوراق بهادار و سرقفلی با محدودیت مواجه است که این امر کارایی نظام بانکی را کاهش داده است. بانکداری اسلامی به دلیل تأکید بر اشتراک ریسک و حذف ربا، می‌تواند در مقایسه با بانکداری متعارف پایداری بیشتری در برابر شوک‌های اقتصادی داشته باشد (Beck et al, 2013: 438). اما پیچیدگی‌های حقوقی در اجرای عقود اسلامی، مانند رهن، مانع از تحقق کامل این مزیت شده است. برای مثال، محدودیت‌های فقهی در پذیرش اموال غیرمادی به‌عنوان وثیقه، بانک‌های اسلامی را در مقایسه با بانک‌های متعارف که انعطاف بیشتری در پذیرش وثایق دارند، در موقعیت ضعف قرار می‌دهد.

^۱ . Bank Rakyat

^۲ . Bai Bithaman Ajil

۳-۱. بانکداری اسلامی (بدون ربا) در ایران

با پیروزی انقلاب اسلامی ضرورت استقرار یک نظام اقتصادی مبتنی بر شریعت به‌عنوان یکی از اولویت‌های اساسی کشور مطرح شد. در همین راستا، از سال ۱۳۵۸ اقدامات مختلفی برای اسلامی‌سازی نظام بانکی آغاز شد. این تلاش‌ها را می‌توان در مواردی همچون تدوین قانون عملیات بانکی بدون ربا با هدف حذف بهره و جایگزینی آن با نظام کارمزد و سود مشارکتی و معاملاتی، راه‌اندازی بانک‌های اسلامی و همچنین گسترش صندوق‌های قرض‌الحسنه خلاصه کرد. اما با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا به‌عنوان محور تحولات حقوق بانکی در ایران و خاستگاه تحول بانکداری ایران از بانکداری عرفی و ربوی به بانکداری اسلامی، این قانون همواره مورد نقد کارشناسان و تحلیل‌گران عرصه بانکداری قرار گرفته است. برخی برای توجیه شرعی اخذ مازاد بر تسهیلات دریافتی توسط بانک‌ها، تئوری «ضمان پول» را مطرح کرده‌اند.

این نظریه با استناد به شرط جبران کاهش ارزش پول و منافع ازدست رفته، بانک‌ها را بدون اینکه نیازمند به استفاده از قالب‌های عقود معین باشند، مجاز در اخذ مازاد بر مبالغ پرداختی می‌شمارد. اما هر چند که ماهیت پول در واقع قابلیت انتقال قدرت خرید است و بر اساس این تعریف، مدیون باید معادل قدرت خریدی که در زمان اخذ پول به دست آورده، به دائن مسترد نماید تا ذمه خود را بری بداند (محقق داماد، بجستانی، ۱۴۰۳: ۲۹۴). اما ذات بانک با سود و افزایش سرمایه، در جذب سپرده و تخصیص منابع عجین است. انتظار سپرده‌گذاران بانک نیز صرفاً حفظ قدرت خرید پول خود نیست، بلکه کسب سود از محل منابع مالی هدف اصلی آنان است. لذا نظریه ضمان پول نمی‌تواند به تنهایی راهکار مقبولی برای اخذ سود مورد انتظار بانک‌ها از عملیات بانکی ارائه کند.

بند «ب» از ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا به‌عنوان راهکار حل این مشکل، در بخش جذب سپرده از نهاد وکالت استفاده نموده است. بدین معنی که بانک به وکالت از طرف سپرده‌گذار، منابع مالی وی را در فعالیت‌های مستقیم یا غیرمستقیم سودآور به کار می‌گیرد و در پایان هر سال سود به دست آمده از آن فعالیت‌ها را محاسبه و با کسر مبالغ مربوط به حق وکالت خود، آن را به سپرده‌گذار پرداخت می‌کند. البته بانک هر ماه مبالغی را به‌عنوان سود علی‌الحساب به سپرده‌گذار پرداخت می‌نماید و در پایان سال مابه‌التفاوت سود حاصله و علی‌الحساب پرداختی به سپرده‌گذار پرداخت می‌شود. هرچند این رویکرد از نظر تئوری می‌تواند نسخه قابل قبولی از اسلامی شدن سپرده‌گذاری در بانک‌ها را ارائه نماید،

اما حقیقت این است که حجم عظیم تعداد سپرده‌گذاران و همچنین تنوع تسهیلات اعطایی بانک‌ها در قالب‌های مختلف حقوقی امکان اجرای واقعی چنین سیستم حسابداری و مدیریت مالی و محاسبه سود واقعی متعلق به هر سپرده‌گذار را غیرممکن می‌کند.

لذا عملکرد بانک‌های ایرانی درواقع همان عملکرد نظام بانکداری عرفی است که مبالغ از پیش تعیین شده‌ای را به سپرده‌گذاران پرداخت می‌کنند؛ چراکه در نظام وکالتی علاوه بر اینکه بانک نمی‌تواند سود سپرده‌گذار را تضمین کند، میزان سود فعالیت‌های اقتصادی باید متعلق به تسهیلات گیرندگان و سپرده‌گذاران گردد. بنابراین همانند سایر اقسام تجارت، سپرده مشتری بانک، در معرض مخاطرات تجاری مختلف و گاه غیرقابل پیش‌بینی قرار می‌گیرد. این در حالی است که در نظام بانکداری متعارف، سپرده‌گذار سود مشخصی را به نسبت میزان، نوع و طول مدت سپرده‌گذاری از بانک دریافت می‌دارد و مسئول هیچ‌یک از خسارات احتمالی نیست (السان، ۱۳۹۹: ۸۳). در نتیجه، بانک‌ها در عمل مطابق با الگوی بانکداری عرفی، سود مقطوع و مشخصی را به سپرده تخصیص می‌دهند و نسخه تجویزی قانون عملیات بانکی هیچ‌گاه در عمل محقق نمی‌شود.

مشارکت مدنی و حقوقی، مضاربه، مزارعه، مساقات، از عقود مشارکتی و عقود فروش اقساطی، سلف، اجاره به شرط تملیک، از عقود معاوضی مصرحه در قانون عملیات بانکی بدون ربا هستند که هر یک بر اساس نوع رابطه حقوقی و مالی که میان بانک و تسهیلات گیرنده شکل می‌گیرد، دارای خصوصیات متفاوتی است. البته از سال ۱۳۹۰ عقد استصناع و مرابحه و خرید دین نیز به عنوان سه قالب جدید از عقود معاوضی به مجموعه قالب‌های قراردادی اعطای تسهیلات بانکی افزوده شده‌اند. با وجود همه این تمهیدات قانونی، می‌توان گفت که قانون بانکداری بدون ربا، نتوانسته است تحولی اساسی در ماهیت بانکداری متعارف ایجاد کند. این قانون تلاش کرده است تا فقط به هدف حذف ربا در عملیات بانکی از مجرای تعریف قالب‌های عقود مشروع برای تأمین انتظارات و نیازهای مشتریان نائل شود که البته به اعتقاد نگارنده، در ماهیت و میدان عمل حتی با این هدف نیز فاصله دارد و سایه بانکداری عرفی هنوز بر پیکره بانکداری در ایران مشهود است.

می‌توان گفت که بخش عمده‌ای از عدم توفیق نظام بانکداری ایران در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا، ناشی از عدم تناسب ساختار و سازمان عملیاتی بانک‌ها با قانون و عدم اعتقاد و به تبع آن، عدم اهتمام مسئولان و کارگزاران نظام بانکی به اجرای صحیح بانکداری بدون ربا و همچنین عدم آموزش صحیح سطوح صف در تشکیلات اجرایی بانک‌ها است (عزتی، ۱۴۰۲: ۹). در کنار چالش‌های

متعدد بانکداری اسلامی در چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا، موضوع وثایق بانکی در عمل، هم بانک‌ها و هم مشتریان بانک‌ها را با مشکلات عدیده‌ای مواجه کرده است و در این میان دادگاه‌ها و مراجع صالحه قضایی نیز در روند رسیدگی به پرونده‌های دعاوی میان بانک‌ها و وثیقه‌گذاران با چالش‌های قضایی مواجه می‌باشند که در این مقال به‌طور اختصار به آن می‌پردازیم.

۲. چالش‌های عقد رهن در اعطای تسهیلات بانکی

یکی از فعالیت‌های گسترده‌ای که در نظام بانکداری بدون ربا در ایران به تبع نظام بانکی متعارف صورت می‌گیرد، تخصیص منابع است. عمده نیاز متقاضیان از طریق اعطای تسهیلات در قالب معاملات و قراردادهای مجاز شرعی تأمین می‌گردد. بانک به منظور اطمینان از بازگشت تسهیلات اعطایی به دریافت وثایق معتبر از مشتریان مبادرت می‌ورزد تا در صورت عدم تأدیه بدهی یا ایفای تعهد در سررسید مقرر، بتواند طلب خویش را از محل وثایق استیفا نماید. به عبارت دیگر متعهد برای پوشش ریسک احتمال اعسار خود و نیز تخلف خود از انجام تعهد، ضمانت اجرایی مضاعفی فراهم می‌کند تا متعهدله با فراهم شدن امکان رجوع به وثیقه، به این اطمینان برسد که متعهد از انجام تعهدات خود استنکاف نخواهد کرد (قنوتی و مسعودیان، ۱۳۹۶: ۶). در راستای تضمین و تسهیل وصول مطالبات، امکان انعقاد عقود خاصی وجود دارد که به‌عنوان عقود وثیقه‌ای شناخته می‌شوند.

تسهیلات اعطایی غالباً در قالب عقود اسلامی با عناوینی از عقود معین در اختیار متقاضیان قرار می‌گیرد. این عقود مشتمل بر تعهدات تبعی بوده که گاه این تعهدات تبعی خود عقود مستقلی هستند که به‌عنوان شرط ضمن عقد، در قرارداد اصلی گنجانده شده‌اند. اخذ وثایق بانکی به طریق صحیح و قانونی و البته منطبق با احکام شرع، نقش تعیین‌کننده‌ای در میزان توفیق بانک در استیفای مطالبات خود دارند. بدیهی است که عقود وثیقه‌ای مورد عمل بانک‌ها، با عنایت به تجاری بودن ماهیت روابط بین بانک و مشتری، از نوع عقود وثیقه‌ای تضمینی می‌باشند و عقود وثیقه‌ای انتقالی در شمول این بحث نمی‌گنجد. عمده‌ترین عقود وثیقه‌ای در حوزه حقوق بانکی، عقد ضمان و عقد رهن است. مع الوصف با توجه به اینکه عقد ضمانت (همانند عقد کفالت) قائم به شخص بوده و ضمانت شخص نیز عموماً به پشتوانه اعتبار یا وثیقه عینی ضامن یا کفیل مورد پذیرش قرار می‌گیرد، بحث در خصوص عقود وثیقه‌ای بانک‌ها بر عقد رهن متمرکز خواهد بود.

قانون‌گذار ایران با پذیرش عقد رهن به‌عنوان یک نهاد توثیقی و توجه به کاربرد گسترده آن در جامعه، احکام و آثار این عقد را در قوانین موضوعه خود تبیین کرده است و امروزه عقد رهن به‌عنوان سازوکار تضمین دین برای اعطای تسهیلات به مشتریان بانکی در نظام حقوقی ایران شناخته شده است. در این عقد، مرتهن در ازای اعطای اعتبارات مالی، با انعقاد قرارداد رهن تضمین‌های قانونی را از طرف وثیقه‌گذار دریافت می‌کند تا در صورت عدم پرداخت طلب در سررسید، از طرق قانونی وصول مطالبات، استیفای حقوق خود را تضمین نماید. باین‌حال، کیفیت و زمان ترهین اموال و مفاد اسناد رهنی مورد عمل بانک‌ها و همچنین پیچیدگی فرآیند وصول طلب، مشکلات و معضلات جدی را برای بانک‌ها و مشتریان به وجود آورده است. ازاین‌رو، به واکاوی جایگاه عقد رهن در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی به‌عنوان محور اصلی این مقاله خواهیم پرداخت.

به موجب ماده ۷۷۵ قانون مدنی: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است، قابل فسخ باشد». مطابق این ماده حقی که به منظور آن رهن داده می‌شود باید سه شرط مهم داشته باشد: اولاً حق باید جنبه مالی داشته باشد؛ ثانیاً حق باید در ذمه باشد و شخص در برابر دیگری مدیون باشد؛ ثالثاً دین قبل از رهن محقق شده باشد و مقدم بر آن باشد. با در نظر گرفتن شرایط فوق باید دید چه اموالی و تحت چه شرایطی امکان مورد رهن قرار گرفتن در عقود بانکی را دارند و رویه بانک‌ها چقدر با قوانین موضوعه مطابقت دارد. بر اساس مفاد ماده ۷۷۵، ویژگی‌های ذیل برای عقد رهن قابل احصاء است که می‌تواند به‌عنوان منبع چالش در نظام بانکداری اسلامی ایران مطرح شود.

۲-۱. عدم پذیرش رهن دین و منفعت

آرای مشهور فقهی امامیه، رهنه را منحصر در عین معین دانسته و به بطلان رهن دین و منفعت حکم نموده است (محقق ثانی، ۱۴۰۸ق: ۲۷۴؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۸۰). با ملاحظه تعریف رهن در ماده ۷۷۴ قانون مدنی، می‌توان دریافت که قانون‌گذار، به پیروی از نظر مشهور میان فقها رهن منفعت را نپذیرفته است. مطابق این ماده مال مورد رهن باید عین معین باشد و به این ترتیب رهن دین و منفعت و اموال غیرمادی مانند حق تألیف و مطالبات را مردود اعلام کرده است. با وجود این ماده نمی‌توان رهن دیون را نزد بانک‌ها صحیح پنداشت و این در حالی است که رهن دین یکی از عملیات رایج نزد بانک‌ها است (مرادوند، کریم، ۱۴۰۰: ۶۹۳). به عقیده برخی از حقوق‌دانان وجه نقد را نیز نمی‌توان رهن داد؛

زیرا اصطلاح عین معین در حقوق مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق می‌شود و نیز به قرینه قابلیت فروش رهنه در ماده ۷۷۷ قانون مدنی به بعد می‌توان استفاده کرد که وجه نقد نمی‌تواند رهنه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰).

اصولاً اسکناس و برخی اسناد و اوراق بهادار که در دید عرف، ارزش موضوع آن‌ها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آن‌ها است، هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرند. بدین لحاظ رهن وجه نقد و اسکناس و اسناد در وجه حامل صحیح است. مع الوصف برخی علمای حقوق بر این عقیده‌اند که اسناد و اوراق تجاری با نام به لحاظ آنکه در حکم سند طلب هستند و ارزش محتوای آن‌ها در زمره اموال غیرمادی است، لذا رهن آن‌ها نیز با عنایت به لزوم عین بودن وثیقه صحیح نیست (کاتوزیان، ۱۳۵۱: ۳۹).

با عنایت به لزوم عین معین بودن مورد رهن، اموال غیرمادی مانند حق تألیف، سرقفلی، حق تحجیر و حق خیار از شمول ماده ۷۷۰ قانون مدنی خارج است و رهن این قبیل اموال و حقوق نیز باطل است (لنگرودی، ۱۳۷۰: ۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۵۱: ۳۵۳). البته با بسط مفهوم تعین در مال، رهن سرقفلی و سهام نیز پذیرفته شده و به‌طور اخص قابلیت ترهین سهام در حوزه تقنینی نیز پذیرفته شده است. از آن جمله می‌توان به قانون «عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل در سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر» و ماده ۴۷ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ که صراحتاً امکان تحصیل حقوق رهنی نسبت به سهام شرکت‌ها را به رسمیت شناخته است، اشاره کرد.

مع‌هذا هنوز موضوع قابلیت ترهین دین و منفعت به‌عنوان یکی از نیازهای اساسی در نظام حقوقی ایران محل جدل است. به‌طور مثال، بانک‌ها به دلیل غیرقانونی بودن رهن دین قادر نیستند در ازای اسناد مطالبات تجار، تسهیلات ارائه کنند. این محدودیت به‌عنوان مانعی بزرگ در مسیر توسعه تجارت و اقتصاد عمل می‌کند. عدم پذیرش اموال غیرمادی مانند اسناد تجاری و مطالبات به‌عنوان وثیقه، ریشه در تفاسیر سنتی فقهی از عقد رهن دارد. در بسیاری از نظام‌های بانکداری اسلامی مدرن، مانند مالزی، ابزارهای مالی نوینی برای پذیرش وثایق غیرمادی توسعه یافته‌اند که با اصول شرعی سازگارند (عبدالرحمن، ۲۰۱۰: ۱۵۶). در ایران این محدودیت نه تنها مانع از تأمین مالی کارآمد بنگاه‌های اقتصادی می‌شود، بلکه بانک را در برابر ریسک‌های حقوقی ناشی از وثایق نامعتبر آسیب‌پذیر می‌کند. بازنگری

در تفاسیر فقهی و تدوین چارچوب‌های حقوقی جدید می‌تواند این شکاف را برطرف کند. بانکداری اسلامی به دلیل پایبندی به اصول شرعی، مانند ممنوعیت ربا و غرر، با چالش‌هایی در طراحی ابزارهای مالی انعطاف‌پذیر مواجه است (Hassan&Lewis, 2007: 42). در ایران این محدودیت‌ها به‌ویژه در پذیرش رهن دین و منفعت نمود می‌یابد که با توجه به نیازهای اقتصادی مدرن، مانع از توسعه تجارت و تأمین مالی بنگاه‌ها می‌شود. این امر نیازمند اجتهاد پویا در فقه برای تطبیق عقود با نیازهای کنونی است و به موازات آن ضروری است نهاد قانون‌گذاری کشور با همراهی دکترین حقوقی، بازنگری عمیقی در این موضوع انجام داده و گام‌های مؤثری برای اصلاح قوانین و همسو شدن با تحولات اقتصادی بردارد.

۲-۲. قبض و اقباض در عقد رهن

عقد رهن در ماده ۷۷۲ قانون مدنی در کنار یکی از عقود عینی همانند عقد وقف و بیع صرف و عقد هبه معرفی شده است و قبض مورد رهن توسط مرتهن به‌عنوان شرط صحت عقد در نظر گرفته شده است. بعضی فقها و حقوق‌دانان، ضمن پذیرش تأثیر قبض در عقد رهن، اثر آن را صرفاً التزام راهن به مفاد رهن یعنی شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، بر اساس این نظر مادام که قبض محقق نشده رهن جایز بوده و از جانب راهن قابل فسخ است. بر این نظر نیز این‌گونه ایراد شده است که حال که عقد رهن بدون قبض از عقود جایز است، پس تا زمانی که قبض صورت نگرفته، رهن همانند سایر عقود جایز باید اثر داشته باشد، درحالی که قائلان به این نظر هیچ اثری برای رهن قبل از تحقق قبض قائل نیستند (شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۷: ۵۴۴-۵۴۵). برخی فقها با تمسک به اصل عدم شرطیت و اصل رضایی بودن عقد هیچ‌گونه جایگاهی برای قبض در انعقاد عقد رهن قائل نیستند و عقیده دارند که قبض اثر رهن است؛ البته این نظر با توجه به انگیزه مرتهن در انعقاد عقد رهن که وصول مطالبات از طریق تملک عین مرهونه است، طرفداران زیادی پیدا نکرده است. در فرانسه و مصر نیز همین مسائل مطرح شده است. تا جایی که حتی قانون‌گذاران آن‌ها در مواردی اقدام به تقنین مفهوم قبض در بعضی از مصادیق اموال کرده‌اند (شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۷: ۵۴۴-۵۴۵).

توجه به نیازهای جامعه و گذار از حقوق سنتی، این ضرورت را بیش‌ازپیش آشکار می‌کند که اموال با ماهیت نه الزاماً عینی (به مفهوم سنتی آن)، مانند اوراق بهادار و اموال غیرمادی که بالقوه استعداد استیفای مطالبات طلبکار را دارند، قابلیت ترهین بیابند. همان‌طور که اشاره شد، در حقوق ایران عدم امکان قبض اموال غیرمادی و دیون موجب شده است که حکم به بطلان رهن اموال مذکور داده شود.

می‌توان گفت که شرط لزوم قبض مال مرهون، بر پیکره نظام حقوقی ایران سنگینی می‌کند که نیازمند اجتهادی بویا در حوزه فقهی و حقوقی است (آیتی نجف‌آبادی و باقری، ۱۴۰۱: ۱۱۰). تحولات اقتصادی چه در حوزه داخلی و چه در عرصه بین‌المللی، اقتضاء می‌کند که تشریفات از جمله «شرطیت قبض در عقد رهن» در حقوق ایران مورد بازنگری قرار گیرد و به اصل رضایی بودن معاملات و قراردادهای بسنده کنیم و مناسب است که همانند کشورهای دیگر اروپایی مثل انگلیس و فرانسه به قراردادهای متحدالشکل بین‌المللی همچون مقررات قانون متحدالشکل ژنو که وثیقه‌گذاری اسناد تجاری را به صورت یک اصل مستقل پذیرفته است، بپیوندیم (آیتی نجف‌آبادی و باقری، ۱۴۰۱: ۱۱۲).

در راستای همین تحولات با توسعه بانکداری در حوزه‌های مختلف اقتصادی و لزوم بسط پذیرش وثایق بانکی، مفهوم اموال عینی و خصوصیت مال مرهونه نیز توسعه یافته و امروزه در خصوص قابلیت ترهین برخی اموال که الزاماً در تعریف اموال عینی نمی‌گنجد، نظرات پیشرو و مترقی وجود دارد و رویه حقوقی و قضایی نیز بر این دکترین گرایش یافته است. از آن جمله می‌توان به ترهین اوراق سهام اشاره کرد. همچنین ترهین سرقفلی علی‌رغم اینکه مالی عینی نیست و حتی قابلیت قبض و اقباض نیز بر آن متصور نیست، با قیوداتی پذیرفته شده است. با این توضیح که سرقفلی قابلیت ترهین دارد. اما انجام مراحل فروش سرقفلی منوط به کسب رضایت مالک واحد تجاری خواهد بود. برخی برای رفع مانع قبض و اقباض در ترهین سرقفلی چنین بیان داشته‌اند که تصرف و استیلا -ولو موقت- بر واحد تجاری به معنای حصول شرط قبض و اقباض در تحقق صحت عقد رهن است. حق سرقفلی حقی مستقل از مالکیت منافع واحد تجاری است و حتی این فرض متصور است که مالک سرقفلی با اجاره دادن واحد تجاری (با اذن مالک) خود مالک سرقفلی بماند، اما منافع آن را برای مدت معینی به اجاره داده باشد، در این فرض به‌طریق اولی امکان تحقق قبض و اقباض متعذر است.

۳-۲. تقدم تحقق دین بر ترهین

رهن عقدی تبعی است و در صورتی اعتبار دارد که مسوق به دین باشد. از تعریف رهن در ماده ۷۷۱ و مفاد ماده ۷۷۵ قانون مدنی نیز چنین برمی‌آید که باید دین پیش از رهن وجود داشته باشد و نمی‌توان مالی را برای دین آینده رهن گذارد. در رهن دین باید ثابت بر ذمه باشد و رهن حتی در برابر دینی که تنها سبب آن ایجاد شده است باطل است (امامی، ۱۴۰۲: ۳۵۳). پاره‌ای از نویسندگان چنین پنداشته‌اند که از مفاد مواد ۲۴۱ و ۳۷۹ قانون مدنی که شرط دادن رهن یا ضامن برای دیون ناشی از عقد را نافذ

می‌داند، خلاف ظاهر مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ استنباط می‌شود و از آن نتیجه گرفته‌اند که در قانون مدنی تقدم دين بر رهن شرط نیست (جعفری لنگرودی، رهن و صلح، ش ۱۱۲). ولی چنین نظری صحیح نیست، زیرا معنی آن نفوذ رهن برای آینده است که هیچ حقوقدانی در بطلان آن تردید ندارد. در مواد ۲۴۱ و ۳۷۹ اجازه داده شده است تا در ضمن معامله‌ای که ایجاد دين می‌کند، بر مدیون به صورت فعل شرط شود که برای تضمین آن دين، ضامن یا رهن دهد. پس چون فعل مشروط (دادن رهن) بایستی بعد از تحقق عقد و شرط انجام شود، رهن برای دينی داده می‌شود که پیش از آن در نتیجه عقد به وجود آمده است.

در مورد شرط نتیجه نیز می‌توان چنین تحلیل کرد که هرگاه در عقد بیع شرط شود که مالی در برابر دين ناشی از خرید مبیع، در رهن باشد، هرچند شرط و عقد ضمن یک تراضی انجام می‌شود، تبعی بودن رهن این فرض را تأیید می‌کند که مقصود این است که ابتدا عقد بیع و بی‌درنگ پس از آن رهن تحقق یابد، یعنی وقوع رهن معلق به تحقق بیع و اشتغال ذمه خریدار به ثمن است (کاتوزیان، ۱۴۰۰: پاورقی ۵۰۱). هر چند در عملیات بانکی، عقود معاوضی در این بحث (از نقطه نظر ایجاد سبب دين) قابل خدشه نیستند و در این نوع از قالب‌های حقوقی اعطای تسهیلات، مبلغ دين کاملاً مشخص و محقق است، اما چالش لزوم تقدم دين بر عقد رهن مال مرهونه، در عقود مشارکتی در اعطای تسهیلات بانکی کاملاً بروز و ظهور می‌یابد. امروزه بانک‌ها بخش قابل توجهی از تسهیلات بانکی را در قالب عقد مشارکت مدنی منعقد می‌کنند. بر این اساس بانک آورده نقدی خود را به عنوان مبلغ تسهیلات در اختیار مشتری قرار می‌دهد. آورده تسهیلات گیرنده نیز می‌تواند شامل آورده‌های غیرنقدی شامل زمین محل اجرای طرح و مستحقات و ماشین‌آلات و دانش فنی و... باشد. بدیهی است که خصوصیت تحقق مشارکت ممزوج شدن سهم‌الشرکه‌ها و مالکیت شرکا در جزء جزء اموال خواهد بود.

رویه مألوف بانک‌ها در این نوع اعطای تسهیلات، به رهن گرفتن زمین محل اجرای طرح است. این در حالی است که در عقد مشارکت و در روابط مالی بین شرکا، طلبکار و بدهکاری وجود ندارد و فرض بر این است که پس از طی دوره مشارکت میزان سود محاسبه و بین طرفین به تناسب میزان مشارکت تقسیم خواهد گردید و لذا در خصوص تحقق دين، خدشه اساسی وارد است. بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها به منظور تأمین منابع طرح‌های عمرانی و بازرگانی می‌توانند با متقاضی تسهیلات وارد مشارکت مدنی شوند و بعد از طول مدت مشارکت که بین یک تا سه سال است، سهم‌الشرکه خود را به صورت اقساطی به تسهیلات گیرنده واگذار می‌نماید. مبلغ فروش اقساطی معادل مجموع سود مورد

انتظار دوره مشارکت و سود دوران تقسیط تعیین می‌شود و در این مقطع است که دین محقق می‌شود و بانک از تسهیلات گیرنده مبلغ فروش سهم خود را طلبکار می‌شود. بنابراین ترهین اموال نزد بانک از سوی شریک مشاعی زمانی که دینی محقق نشده است، محل خدشه جدی است.

در تلاش برای رفع این ایراد ممکن است به این توجیه متوسل شد که با انعقاد عقد مشارکت، سبب دین ایجاد شده است و ایجاد سبب دین برای صحت عقد رهن کافی است. در پاسخ باید گفت اولاً تحقق مشارکت لزوماً به معنای ایجاد سبب دین نخواهد بود. چرا که شرکا در مقام شریک، دارای شرایط یکسانی هستند و سود یا زیان احتمالی مشارکت، متوجه همه شرکا خواهد بود و فرض طلبکار بودن یک شریک و مدیونیت شریک دیگر، فرضی عقلایی نیست؛ ثانیاً قانون مدنی هر چند در موضوع ضمان تحقق سبب دین را برای صحت عقد ضمان کافی دانسته است، اما در خصوص عقد رهن سکوت اختیار کرده است. علت آن نیز در نظرات و فتاوی مشهور فقهای شیعه نهفته است. چرا که در فقه امامیه نظر مشهور فقها بر این است که برای تحقق رهن باید دین بر ذمه مدیون اشتغال یافته باشد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۵۵۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۹-۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۱۴۳).

هرچند برخی علماء هم متزلزل بودن مبنای دین را باعث اختلال در صحت عقد رهن نمی‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۹). به همین دلیل است که در قانون مدنی علی‌رغم عقد ضمان، تصریحی بر کفایت تحقق سبب دین در صحت عقد رهن وجود ندارد. لذا در میان حقوق دانان نیز در این خصوص شاهد تعدد و اختلاف نظر هستیم. برخی از علمای علم حقوق به تأسی از مشهور فقها، ثبوت دین را در عقد رهن شرط می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۳). این نظر بر مبنای دلایل متقنی قابل دفاع است: اولاً برخلاف عقد ضمان، قانون‌گذار تصریحی به کفایت وجود سبب دین برای انعقاد عقد رهن نکرده است. لذا بنا به تغایر عقد ضمان و رهن، اتخاذ ملاک از ماده ۶۹۱ قانون مدنی منتفی است (امامی، ۱۳۷۶: ۳۵۳)، زیرا عقد ضمان از عقود وثیقه‌ای انتقالی است، درحالی که در عقد رهن، دین همچنان بر ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند و صرفاً یک مالی از اموال مدیون اصلی یا شخص ثالث، متعلق حق عینی دائن قرار می‌گیرد؛

ثانیاً در خصوص دیونی که مبتنی بر عقد جایز هستند، هرچند دین به‌طور کامل در ذمه مستقر شده است، نمی‌توان از رهن استفاده کرد، زیرا ممکن است دین با فسخ عقد از بین برود و حکمت رهن زایل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۷۵). بنابراین به‌طریق اولی نسبت به دیونی که در ذمه ثابت نشده و صرفاً سبب آن محقق شده است، بنا به اینکه ممکن است اساساً دین در ذمه ثابت نگردد، نمی‌توان رهن گرفت؛

ثالثاً لحن ماده ۷۷۵ قانون مدنی صحت رهن را منحصر به موردی می‌نماید که مال در ذمه باشد (امامی، ۱۳۷۶: ۳۵۳). ماده مذکور مقرر می‌دارد: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد». منظور قانون‌گذار از عبارت «در ذمه بودن دین» همان ثبوت دین به‌طور کامل است پس به موجب ماده مذکور سبب کافی برای انعقاد عقد رهن نخواهد بود؛

رابطاً مقررات موجود حاکی از جواز فروش عین مرهونه توسط مرتهن در راستای وصول مطالبات است و این امر در صورتی قابل تحقق خواهد بود که دین به‌طور کامل در ذمه ایجاد شده باشد. در خصوص عقود معاوضی همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، چنانچه عقد رهن پس از تحقق عقد معاوضی منعقد گردد، به دلیل تحقق دین، خدشه‌ای به اعتبار عقد رهن وارد نخواهد بود. بااین‌حال، مسئله نگران‌کننده آن است که در عمل، بسیاری از بانک‌ها به دلیل فقدان آموزش کافی کارکنان، ناآگاهی کارگزاران نسبت به مباحث حقوق بانکی و نیز با هدف تسهیل و تسریع در روند اعطای تسهیلات، رویه‌ای نادرست و غیرکارشناسی را در پیش می‌گیرند و به آن عمل می‌کنند؛ رویه‌ای که نه تنها با اهداف بانکداری اسلامی و قانون عملیات بانکی بدون ربا سازگار نیست، بلکه در صورت ارجاع به مراجع قضایی، منافع بانک را در معرض تضییع قرار می‌دهد. در ذیل به بررسی برخی از چالش‌های عملیاتی بانک‌ها در مواجهه با موضوع رهن می‌پردازیم.

۳. چالش‌های عملیاتی بانک‌ها در موضوع عقد رهن

۳-۱. تقدم سند رهنی بر تحقق دین

بر اساس مفاد ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیرمنقول و اموال منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند، کماکان طبق تشریفات مربوطه انجام خواهد شد. بر این اساس ترهین اموال بایستی در دفترخانه اسناد رسمی انجام شود. از طرفی همان‌گونه که پیش‌تر به تفصیل بیان شد، شرط صحت عقد رهن، وجود دین سابق است. بدین معنی که تنظیم سند رهنی، باید در مقابل وجود یک دین معین و مشخص به عمل آید. اما بانک‌ها بدون توجه به این نکته که ترهین بایستی متعاقب تحقق دین انجام گیرد، در اولین اقدام پس از موافقت با درخواست وام، مشتری (یا راهن) را برای ترهین ملک به دفترخانه هدایت می‌کنند. این در حالی است که در این مرحله هیچ‌گونه رابطه مالی بین بانک و مشتری ایجاد نشده است و مفاد سند رهنی نیز گواه

بر این امر است. بعد از امضای سند رهنی و قید مراتب ترهین ملک در سند مالکیت، فرآیند انعقاد قراردادهای داخلی و اعطای تسهیلات، بسته به قالب تسهیلات مصوب، شروع می‌شود. سند رهنی تنظیمی بین بانک و مشتری حاوی موضوعات ذیل است:

الف. بر اساس عبارت ذیل که در سند رهنی تنظیمی بین بانک و متقاضی مندرج است، بانک صرفاً موافقت نموده که مبالغی را به مشتری پرداخت کند و هیچ‌گونه تعهدی بر پرداخت تسهیلات بر عهده نگرفته است. لذا نه تنها هیچ‌گونه دینی ایجاد نشده است، بلکه هیچ تعهدی هم به پرداخت تسهیلات و تحقق دین در آینده به عمل نیامده است.

«نظر به اینکه مشتری از بانک... تقاضای تخصیص تسهیلات مالی... و انجام معاملات بانکی نموده و بانک نیز با تقاضای مشتری موافقت کرده است و راهن مال یا اموال موضوع این قرارداد متعلق به خود را به عنوان تضمین تعهدات و بدهی مشتری در رهن بانک قرار داد، این قرارداد به منظور انجام درخواست مشتری به تاریخ ذیل منعقد و طرفین ملزم به انجام مفاد آن گردیدند.»

ب. همچنین مطابق با ماده یک از همان سند رهنی، حتی میزان دقیق مبلغ موافقت شده بانک برای پرداخت احتمالی در آینده نیز مشخص نیست و صرفاً سقف تسهیلات مورد موافقت قرار گرفته در سند رهنی قید می‌شود. لذا به تحقیق در زمان عقد رهنی دینی ایجاد نشده و حتی میزان آن برای تحقق احتمالی در آینده نیز منجر نیست.

ماده ۱: بانک به موجب این قرارداد موافقت نمود که مشتری در جهت انجام هر نوع عملیات و معاملات بانکی در امور تولیدی (صنعتی معدنی کشاورزی یا بازرگانی یا خدماتی و سایر معاملات و عملیات بانکی و همچنین صدور ضمانت‌نامه‌ها به درخواست مشتری به وسیله بانک تا مبلغ فوق از تسهیلات مالی و اعتباری بانک استفاده نماید و در عملیات و معاملات و قراردادهای خود بانک و همچنین صدور ضمانت‌نامه‌ها به تقاضای مشتری توسط بانک ولو به دفعات طبق مقررات و قراردادهای مربوط تا مبلغ مزبور بعلاوه کارمزد و سود و خسارات متعلقه به شرح ماده (۵) این قرارداد به بانک بدهکار گردد.

پ. صراحتاً اعلام می‌گردد که تسهیلات موصوف، طی قراردادهای فرعی که متعاقباً تنظیم خواهد شد، به مشتری اعطا خواهد شد. به دلالت ذیل ماده یک سند رهنی مقرر گردیده است تا متقاضی در آینده بدهکار گردد و در حال حاضر هیچ دینی محقق نشده است.

ت. بر اساس ماده ۷ قرارداد، مشتری یا رهن می‌پذیرد که مورد رهن برای استیفای کلیه بدهی‌های آینده مشتری قابل رجوع است.

مشتری یا رهن به منظور توثیق و تضمین بدهی و تعهدات خود یا مشتری در قبال بانک مال/اموال مذکور در ماده (۱۴) را در رهن بانک قرارداد و به بانک حق و اختیار داد مطالبات خود را از هر بابت از مشتری که ناشی از هرگونه تعهد و معامله و ضمانت‌نامه او باشد از طریق اجرای ثبت از مورد / موارد رهن استیفا و وصول نماید و به موجب این قرارداد مشتری/رهن قبول و تأیید نمود که مورد /موارد رهن علاوه بر اینکه وثیقه بدهی مشتری بابت قرض الحسنه دریافتی از بانک است و تضمین و تأمین انواع عملیات و معاملات و تعهدات دیگر وی ناشی از این قرارداد نزد بانک نیز است و بانک حق و اختیار دارد کلیه مطالبات خود را طبق مندرجات این قرارداد از مورد/موارد رهن استیفا و وصول نماید و مادامی که این قرارداد فسخ و باطل نشده است مشتری/رهن حق هیچ گونه نقل و انتقال نسبت به عین یا منافع مورد/موارد رهن از جمله سرقفلی را به هر صورت اعم از قطعی و رهنی و شرطی و صلح حقوق و اجاره و اقرار و وکالت و وصایت را نخواهد داشت. مشتری/رهن اقرار و اعتراف نمودند که عین و منافع مال/اموال مورد/موارد رهن بلامعارض بوده و در مالکیت و تصرف مشتری/رهن است و مشتری/رهن ضمن عقد رهن موضوع این قرارداد تعهد نمود چنانچه خلاف آن بعد از امضا این قرارداد ثابت شود از عهده خسارات وارده به بانک برآید.

بر اساس مفاد ماده هفت سند رهنی، رهن قبول کرده است که مورد رهن در ازای بدهی‌های آتی تسهیلات گیرنده نیز در رهن بانک باشد و این پذیرش رافع مشکل عدم تحقق دین در زمان عقد است. اما پر واضح است که چنین استدلالی، تاب مقاومت در برابر الزام حقوقی و شرعی لزوم تحقق دین در زمان ترهین را ندارد. شرایط صحیح عقد عقود نمی‌تواند با رضایت طرفین دستخوش تغییر گردد، وگرنه رضایت طرفین در عدم قبض و اقباض در عقد رهن نیز می‌توانست رافع این شرط گردد. بدیهی است که چنین سند رهنی به دلیل اینکه در مقطع زمانی تحقق عقد رهن در واقع هیچ دینی وجود نداشته است و حتی سبب دین نیز ایجاد نشده است، در بررسی قضایی در دادگاه‌ها با چالش بزرگی مواجه می‌شوند و در مواردی از ارجاع اختلافات به دادگاه، عدم تحقق دین یکی از موارد اعلام بطلان عقد رهن اعلام شده است.

به عنوان نمونه در بررسی روند رسیدگی به این ایراد در دادگاه، شعبه ۱۰۹ دادگاه عمومی تهران طی دادنامه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۶ چنین استدلال نموده است:

«از آنجا که به موجب تعریف قانونی، رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به رهن می‌دهد و بعد از برائت ذمه مدیون مرتهن حقی نسبت به عین مرهونه نخواهد داشت، بنابراین برای دین احتمالی آینده یا دین غیر منجز امکان به رهن گرفتن مال وجود ندارد. فلذا دادگاه با غیرموجه دانستن دفاعیات بانک خوانده، دعوی خواهان را وارد دانسته و مستند به مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به محکومیت خوانده به فک رهن از پلاک ثبتی موضوع سند رهنی و نیز پرداخت مبلغ ۱۷۵۰۰۰۰ ریال بابت خسارت ناشی از هزینه دادرسی و پرداخت حق الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی مربوط به مرحله بدوی در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید.» این رأی در شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر عیناً تأیید شده است. اما تلاش بانک‌ها برای اصلاح عدم تحقق دین در عقد رهن نه تنها از جنبه حقوقی کارگشا نبوده است، بلکه تزلزل بیشتری در صحت و سلامت عقد رهن ایجاد نموده است. بانک‌ها برای جبران ایراد عدم تحقق دین، در ماده ۸ در اسناد رهنی خود این بند را اضافه کرده‌اند: «بانک به درخواست مشتری مبلغ ده هزار ریال قرض الحسنه برای مدت این قرارداد به مشتری پرداخت و مشتری اقرار به دریافت آن نمود و متعهد گردید در پایان مدت قرارداد مبلغ مزبور را به بانک مسترد دارد». در خصوص این ماده چند نکته حائز اهمیت است:

اول اینکه این عبارت در واقع حاکی از این است که در تسهیلات مورد درخواست، بانک بر عدم تحقق دین اذعان دارد و به همین دلیل سعی در جبران این نقص دارد؛ دوم اینکه مفاد این ماده با موضوع اعطای قرض الحسنه ده هزار ریالی به مشتری از یک سو، برخلاف شأن بانک به عنوان یک نهاد مالی برجسته است و از سویی دیگر، جایگاه و منزلت تسهیلات گیرنده نادیده گرفته شده است؛ سوم اینکه این عبارت نیز همچون عبارات مربوط به قبض و اقباض مورد رهن، صوری و غیرواقعی بوده و سوابق عملیات حسابداری بانک، هیچ‌گاه انتقال ده هزار ریال از سوی بانک به مشتری را نشان نمی‌دهد؛ چهارم اینکه توسل به درج مطالب کذب برخلاف جایگاه بانک به عنوان یک نهاد اقتصادی است که مهم‌ترین شاخصه آن باید اعتماد عمومی و صحت و سلامت عملکرد آن باشد. از همه مهم‌تر، حتی با فرض پذیرش اعطای یک قرض الحسنه هزار تومانی از سوی بانک به مشتری و با پذیرش کفایت تحقق سبب دین برای صحت عقد رهن، باز هم این امر، سبب و منشأ دیون احتمالی آتی نخواهد بود. چرا که عقد قرض الحسنه یک عقد مستقل و بدون هیچ‌گونه وابستگی به سایر تسهیلات محتمل بوده است و اصولاً نمی‌توان پذیرفت که عقد قرض الحسنه، سبب تحقق دینی ناشی از قرارداد مشارکت مدنی یا فروش اقساطی تلقی شود که محتملاً در آینده محقق خواهد شد.

این در حالی است که بانک می‌تواند برای مصون ماندن از این نوع خطرات، متعاقب تصویب تسهیلات در بانک، منطبق با ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، نسبت به انعقاد قرارداد داخلی در قالب عقود مصرحه در مصوبه اقدام نماید. بدیهی است در این صورت تخصیص وام به مشتری در این مرحله انجام شده است و قابلیت برداشت وام از منابع تخصیصی منوط و مؤخر بر تنظیم سند رهنی خواهد بود. البته سند رهنی باید متناسب با مبلغ وام تخصیصی در قرارداد تنظیم گردد و در هر مرحله از پرداخت تسهیلات، بایستی سند رهنی متمم تنظیم و مبلغ دین و متفرعات به همان تناسب افزایش یابد.

۳-۲. تبدیل تعهد در خصوص دین موضوع سند رهنی

یکی از خدمات بانکداری در ارائه تسهیلات بانکی به مشتریان «ریفایننس»^۱ است. در پروژه‌های احداث واحدهای صنعتی، تسهیلاتی در قالب مشارکت مدنی پرداخت می‌شود و در پایان مدت مشارکت، بانک سهم‌الشرکه خود را به صورت اقساطی به مشتری می‌فروشد. علی‌الاصول انتظار می‌رود که واحد صنعتی در این مرحله به بهره‌برداری رسیده باشد و بتواند از محل فعالیت خود اقساط بانک را پرداخت نماید. اما در بسیاری از موارد علی‌رغم پایان مرحله احداث واحد صنعتی، وام‌گیرنده نقدینگی کافی برای تأمین سرمایه در گردش و خرید مواد اولیه و هزینه‌های ثابت واحد صنعتی را ندارد و بالتبع توانایی پرداخت اقساط بانک را نیز نخواهد داشت. از طرفی بانک‌ها از تمدید دوره مشارکت برای بیش از سه سال ممنوع هستند. در نتیجه به مرور زمان جرائم تأخیر قراردادی بر مطالبات بانک افزوده شده و طرح صنعتی عملاً با ورشکستگی مواجه خواهد شد. بانک‌ها برای حل این معضل و همچنین وصول مطالبات معوق، اقدام به تصویب و پرداخت تسهیلاتی جدید معادل مجموع بدهی حال شده مشتری و میزان مبالغ مورد نیاز برای تأمین سرمایه در گردش طرح می‌نمایند و با تسویه مطالبات قبلی خود از محل تسهیلات جدید، مانده تسهیلات را به مشتری پرداخت می‌کنند.

این روش یک روش مناسب برای برون‌رفت از تنگنایهای اقتصادی برای مشتری و همچنین برای کاهش میزان مطالبات معوق بانک‌ها است. اما نکته مهم حقوقی که نوعاً در این فرآیند مغفول بانک قرار می‌گیرد، این است که با این اقدام «تبدیل تعهد» صورت گرفته و کلیه وثایق تسهیلات سابق، محکوم به فک بوده و نمی‌تواند به عنوان وثایق تسهیلات جدید ادامه یابد. چراکه ماده ۲۹۲ قانون مدنی تبدیل تعهد را به رسمیت شناخته و ماده ۲۹۳ نیز تصریح نموده است که در تبدیل تعهد، تضمینات دین

1. Refinance

سابق به دین لاحق سرایت نمی‌کند. لذا بانک در این موضع باید در خصوص تعهد جایگزین شده، وثیقه جدیدی مطالبه نماید. اما رویه متداول بانک‌ها این است که به پشتوانه سند رهنی سابق، تسهیلات جدید را با ماهیت جایگزینی دین جدید بجای دین سابق پرداخت می‌نمایند و در مرحله رجوع به این وثایق، در عمل با چالش‌های حقوقی جدی مواجه خواهد نمود.

بر اساس رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۰۹۰۱۰۸۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۸ صادره از شعبه ۴۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران: «با توجه به تغییر مبالغ قرارداد و مدت قرارداد، تسری دیون موضوع قرارداد شماره ۴۸۲۵ به تعهداتی که راهنین سند رهنی شماره ... پذیرفته‌اند، نسبت به راهنین که ذیل قرارداد مذکور را تسجیل نکرده‌اند و به آن ملتزم نشده‌اند موجبی ندارند. استناد خواننده ردیف یک به بخش‌هایی از سند رهن که تصریح شده مال مرهونه در قبال کلیه مطالبات مرتهن به وثیقه گذارده شده نه یک قرارداد به منظور باقی بودن حق رهنی تا پرداخت مطالبات ناشی از قرارداد شماره ۴۸۲۵ قابل پذیرش نیست، زیرا قرارداد اخیر با توجه به تغییر در موارد، سبب مستقلی برای تعهدات خواننده ردیف دو تلقی می‌شود که سبب این تعهدات جدید هم در تاریخ عقد رهن موجود نبوده است. لذا حکم به الزام خواننده ردیف یک به فک رهن از پلاک ثبتی خواهان‌ها موضوع قرارداد رهنی ۱۴۰۷ مورخ ۸۷/۰۲/۳۱ صادر و اعلام می‌شود.»^۱

همچنین دادنامه شماره ۱۴۰۴۶۸۳۹۰۰۵۷۶۸۱۷۹ مورخ ۱۴۰۴/۴/۱ صادره از شعبه ۳۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشعار می‌دارد: «با تسویه تسهیلات مشارکتی سابق، وثایق و تضمینات آن نیز آزاد می‌گردد و باید برای تسهیلات جدید وثایق و تضمینات جدید اخذ شود، ولو همان وثایق آزاد شده باشند، زیرا در سند رهنی سابق راهن امضا و موافقت خود را در بازپرداخت تسهیلات اعطایی موضوع آن عقد اعلام نموده است و طبیعی است که با انحلال آن عقد، عقد رهن که به تبع عقد قبلی منعقد شده منحل می‌شود. لذا چاره‌ای جز فک سند رهنی قبلی و تنظیم سند رهنی بر اساس عقد جدید نیست و اگر بر این باور باشیم که امهال صورت گرفته صرفاً در قالب تمدید مدت است، ضروری بوده است که بانک نسبت به متمم سند رهنی اقدام و در متمم اشاره شود که مطالبات بانک و مدت افزایش می‌یابد.

مضافاً شایسته ذکر است که در تمامی طرق امهال تسهیلات مشارکتی با عنایت به تسویه و انحلال عقد مشارکتی به تبع آن وثایق و تضمینات سابق آزاد و ضروری است تضمینات جدید برای تسهیلات جدید حال مشارکتی یا مبادله‌ای اخذ گردد و از بانک خواننده که در حرفه بانکداری مشغول می‌باشد

۱. رأی مذکور در شعبه ۱۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران حسب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۷۸۹ مورخ ۱۳۹۵/۶/۲۸ عیناً تأیید گردیده است.

انتظار آن است آگاه به این موازین قانونی و حقوقی باشد تا موجبات تضییع حقوق سایر سپرده‌گذاران و سهامداران را فراهم نیاورد، لذا حکم به انحلال عقود رهن از پلاک ثبتی موضوع سند رهنی صادر و اعلام می‌گردد.»

عموماً بانک‌ها در مواجهه با دعاوی با خواسته الزام به فک رهن مبتنی بر تبدیل تعهد، به ماده هفت از سند رهنی متوسل می‌شوند. در بخشی از متن این ماده چنین آمده است: «همچنین مشتری و بدهکار این سند با صدور اجراییه توسط بانک نسبت به این سند در صورت تخلف مشتری و بدهکار سند/اسنادی که ممکن است پیرو این سند از هر قبیل که باشد، ازجمله مازاد، متمم، تمدید، تعویض و وثیقه، اقرارنامه و... تنظیم گردد؛ رضایت کامل داشته و حق هرگونه ایراد و اعتراضی را از خود سلب و اسقاط نمود. ضمناً مورد رهن در قید وثیقه انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی، انواع تسهیلات اعطایی بانکی، کلیه گشایش‌های اعتبار اسنادی، تمامی حواله‌های ارزی و جملگی بروات اسنادی مشتری و رهن، قبل یا بعد از تنظیم قرارداد حاضر قرار گرفت و تضمین همه آن‌ها می‌باشد و بانک می‌تواند کلیه مطالبات خود از موارد فوق را نیز از طریق مورد رهن فوق استیفا نماید.»

اما پرواضح است که مندرجات سند رهنی نمی‌تواند برخلاف قواعد آمره باشد و تا وقتی که احکام عقد رهن بر سند رهنی جاری است، توافقات متعاملین نمی‌تواند اثر آن را محدود یا معلق سازد و با تبدیل تعهد، وثایق سابق حتی با اعلام رضایت رهن نمی‌تواند به عنوان وثیقه تعهدات لاحق قرار گیرد. بدیهی است که موضع تأثیر رضایت رهن در جایی خواهد بود که رهن متعاقب تبدیل تعهد، مجدداً ملک خود را در وثیقه تعهد جدید قرار دهد و رضایت قبلی نسبت به این امر، اولاً به موجب صراحت نصوص فقهی و مقررات قانونی در خصوص تبدیل تعهد، فاقد اعتبار است و ثانیاً از آنجا که در زمان اعلام چنین رضایتی اصولاً تعهد جدیدی تحقق نیافته و بالتبع میزان دین ناشی از تعهد احتمالی آتی نیز نامشخص است، رهن بر دینی که در آینده ممکن است با میزان نامعین ایجاد شود، به طریق اولی باطل خواهد بود. رأی شماره ۰۰۷۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۰ شعبه ۱۶ دادگاه عمومی تهران نمونه‌ای از رویه قضایی در تأیید همین معناست:

ملک مورد رهن وثیقه تسهیلات اعطایی بانک خوانده به شرکت چ.ت در سال ۱۳۷۲ بوده و دو فقره تسهیلات سال ۱۳۸۰ قابل تعمیم و تسری به آن نیست، زیرا عقد رهن تبعی است. بدین معنی که باید پیش از آن دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مستفاد از مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی) و وثیقه دادن برای دیون آینده در حقوق ایران امکان ندارد و وجود سبب دین شرط صحت

رهن است بنابراین معطوفاً به تسویه تسهیلات مرتبط با سند شماره ... دفترخانه شماره ... دادگاه دعوی را دارای وجهت قانونی و محمول بر صحت دانسته و مستنداً به ماده ۷۸۷ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر الزام خوانده به فک رهن از پلاک ثبتی ... موضوع سند رهنی مذکور را صادر و اعلام می‌دارد.^۱

نتیجه‌گیری

از آنجا که عقد رهن به‌عنوان یکی از ابزارهای مؤثر در تأمین وثایق برای بانک‌ها جهت تضمین بازپرداخت تسهیلات، نقشی اساسی در تحقق هدف‌های اقتصادی و مالی بانک‌ها ایفا می‌کند و به‌ویژه در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یکی از عقود مهم در حمایت از حقوق دائن شناخته می‌شود. این حوزه با چالش‌های متعددی در نظام بانکداری ایران وجود دارد. مهم‌ترین چالش‌ها شامل مشکلات مرتبط با پذیرش رهن دین و منفعت، مسائل مرتبط با قبض و اقباض اموال مرهونه و تقدم تحقق دین بر ترهین است. به‌ویژه در زمینه پذیرش رهن دین و منفعت، موانع قانونی و فقهی وجود دارد که مانع از گسترش این نهاد در بانکداری ایران می‌شود و همچنین مشکلاتی در ارتباط با پذیرش اموال غیرمادی و حقوق مالکانه، مانند سرقتی و اوراق بهادار، به‌عنوان وثیقه‌ها ایجاد می‌شود. واقعیت این است قانون بانکداری بدون ربای ۱۳۶۲ نتوانست تغییری اساسی در ماهیت بانکداری متعارف ربوی ایجاد کند. این قانون و اصلاحات پیشنهادی بعدی فقط به از بین بردن ربا در بانک‌ها در قالب عقود مشروع برای تأمین نیازهای مالی متقاضی تسهیلات پرداخته است. علی‌رغم پیش‌بینی چنین راه‌حلی، ردپای ربا هنوز در بانکداری متعارف به چشم می‌خورد و شاخصه‌های بانکداری اسلامی تماماً توسط این قانون تأمین نشده است.

برای تجهیز بانکداری بدون ربا به ابزار و قواعدی که بتواند در عین حفظ خصوصیت همسویی و انطباق با قواعد شرعی و قانونی، در عرصه عملیات بانکی در حوزه‌های جذب سپرده و تخصیص منابع مالی و وصول مطالبات، چابک و کارا عمل کند باید قوانین و مقررات بانکی به‌صورت پویا بازنگری و اصلاح شوند. در حوزه بهبود کارکرد عقود وثیقه‌ای موضوع این مقاله، بازنگری در قوانین مربوط به عقد رهن، کاهش تشریفات قبض و اقباض و پذیرش وثایق غیرمادی مانند اسناد تجاری ضروری به نظر

۱. رأی مذکور در شعبه ۲۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران عیناً تأیید گردیده است.

می‌رسد. چنین اصلاحاتی نه تنها ریسک حقوقی بانک‌ها را کاهش می‌دهد، بلکه دسترسی بنگاه‌های اقتصادی به تسهیلات را تسهیل می‌کند و به توسعه اقتصادی کمک می‌نماید.

طراحی یک عقد غیر معین (خارج از عقد رهن) در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی متضمن التزام متعهد به تأمین مطالبات بانک از مجاری فروش مال غیرمنقول یا اسناد بهادار یا حتی اسناد مطالبات متعهد، می‌تواند هم حوزه عمل بانک‌ها در پذیرش وثایق بانکی (به معنای عام آن) را گسترش دهد و هم ضریب ریسک بانک‌ها در عدم وصول مطالبات خود را کاهش دهد. ساختار این عقد غیرمعین شامل قراردادی بین متقاضی و بانک خواهد بود که بر اساس آن متقاضی یک مال را در اختیار بانک قرار می‌دهد و این حق و اختیار را به بانک می‌دهد تا عند الاقتضا از محل فروش یا تملک آن مال، نسبت به استیفای مطالبات خود (در چهارچوب مقررات و مصوبات بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار و قراردادهای آتی منعقد شده با مشتری) از محل تسهیلاتی که متعاقباً و تا زمان خاتمه آن قرارداد به متقاضی پرداخت خواهد نمود، اقدام کند. متقاضی همچنین ضمن این قرارداد، تعهد و موافقت خود را با بازداشت ملک مذکور نزد دفاتر املاک اداره ثبت اعلام می‌نماید.

این بازداشت مانع از هرگونه تصرفات منافی حقوق بانک مرتبه بوده و صرفاً با اعلام کتبی بانک یا مراجع قضایی قابل رفع اثر خواهد بود و مانع از اقدامات اجرایی بعدی بانک در راستای فروش یا تملک آن مال نخواهد بود. بدیهی است کلیه قراردادهای عادی بانک با مشتری در راستای اعطای تسهیلات بانکی بر اساس ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا در حکم اسناد لازم‌الاجرا هستند و با صدور اجراییه نسبت به آن‌ها می‌توان از مال توقیفی را برای استیفای مطالبات بانک استفاده نمود.

این مکانیزم صرفاً با اضافه کردن یک تبصره به قانون عملیات بانکی بدون ربا متضمن الزام اداره ثبت به توقیف مال معرفی شده از سوی بانک قابل اجرا خواهد بود. در این حالت با موافقت بانک بر اعطای تسهیلات در ازای معرفی و توقیف مال متناسب، مال معرفی شده با تناسب سقف اعتبار مصوب و سود مورد انتظار بانک، مورد ارزیابی قرار گرفته و جهت توقیف با اداره ثبت املاک معرفی و فرایند اعطای تسهیلات آغاز می‌شود. همچنین در ترهین اموال امکان فروش مال مرهونه وجود دارد و می‌تواند منشأ مشکلات حقوقی دیگری برای بانک و اشخاص ثالث گردد. اما در این روش با توجه بر توقیف ملک هرگونه معامله‌ای بر روی ملک فاقد وجاهت قانونی بوده و با توجه بر مفاد قانون الزام به ثبت معاملات، اصولاً امکان‌پذیر نیست.

علاوه بر آن، اصلاح قوانین اجرایی موجود و کاهش تشریفات اداری برای بهبود جریان وصول طلب در قراردادهای بانکی ضروری به نظر می‌رسد. با توجه به ضرورت تقویت بانکداری مولد، در مباحث حقوقی و حتی فقهی موضوعات وارد بر بانکداری، ازجمله شیوه جذب سپرده و اعطای تسهیلات و نحوه توثیق وثایق، ایجاد مکانیزم‌های مؤثر و مفید در به حداقل رسانیدن ضریب ریسک بانک‌ها در وصول مطالبات خود نیز ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. همسو با آن، تجهیز نظام بانکی به نیروهای کارآمد و باورمند در سطوح مدیریت کلان بانکی و آموزش کارکنان بانک‌ها به رعایت دقیق الزامات و بایسته‌های حقوقی و تخصیص مراجع قضایی تخصصی به دعاوی بانکی می‌تواند باعث اعتلای بیشتر بانکداری بدون ربا و مؤثر در پیشبرد اهداف اقتصادی ایران قرار گیرد.

فهرست منابع

- امامی، سید حسن (۱۴۰۲). **حقوق مدنی**، جلد ۲، چاپ سی‌ام. تهران: انتشارات اسلامی.
- آیتی نجف‌آبادی، سید محمد و باقری، محمود (۱۴۰۱). «ارزیابی حقوق رهنی ایران و جایگاه رهن در حقوق بانکی با رویکردی تطبیقی.» **دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی**، دوره ۱۱، شماره ۲.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). **حقوق مدنی**. تهران: انتشارات مجد.
- توسلی، محمد اسماعیل؛ مجاهدی مؤخر، محمد مهدی و خرسندی، مرتضی (۱۳۹۹). «تبیین ماهیت بانکداری غربی، بانکداری بدون ربا، بانکداری اسلامی.» **تحقیقات بنیادین علوم انسانی**، سال ۶، شماره ۴، پیاپی ۲۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). **مبانی حقوق مدنی: عناصر عمومی عقود**، جلد اول. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی‌تا). **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة**، جلد ۵. بی‌جا: بی‌نا.
- السان، مصطفی (۱۳۹۹). **حقوق بانکی**، چاپ هشتم. تهران: انتشارات سمت.
- شهبازی‌نیا، مرتضی؛ تقی‌زاده، ابراهیم و رضایی امین، مهدی (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی ماهیت قبض در عقد رهن.» **نشریه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۸، شماره ۳.
- صفایی، سید حسن (۱۴۰۳). **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، چاپ چهارم. تهران: انتشارات میزان.
- عزتی، مرتضی (۱۴۰۲). «تبیین چرایی موفق نشدن بانکداری مشارکت در سود و زیان.» **اقتصاد اسلامی**، دوره ۲۳، شماره ۹۱.
- قنوتی، جلیل و مسعودیان، سید ذبیح‌الله (۱۳۹۶). «تحلیل وثیقه‌های شخصی بر مبنای توثیق و تضمین.» **حقوق اسلامی**، دوره ۱۴، شماره ۵۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۱). **حقوق مدنی: وقایع حقوقی، الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی**، جلد ۱. تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاشف‌الغطاء، محمد بن حسین. (۱۴۲۲ق). **أنوار الفقاهة - کتاب الرهن**، چاپ اول. نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
- محقق ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۰۸ق). **شرح اللمعة الدمشقیة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۲. بیروت: مؤسسة اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی و مدنی بجستانی، سید مجتبی (۱۴۰۲). «توافقات قراردادی در عملیات بانکی بدون ربا با توجه به نظریه ضمان پول.» **آموزه‌های فقه مدنی**، دوره ۲۷، شماره ۱۵.
- محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). **روضة الانوار العباسیة**، جلد ۱. تهران: انتشارات اسلامی.
- مرادوند، کریم (۱۴۰۰). «بررسی عقد رهن در قانون مدنی.» **قانون‌یار**، سال ۵، شماره ۱۷.

نجفی، محمدحسن بن علی (۱۴۰۴). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. جلد ۲۵. بیروت: مؤسسه آل‌البیت (علیه‌السلام).

نظرپور، محمدنقی؛ موسویان، سیدعباس و خزائی، ایوب (۱۴۰۳). **بانکداری اسلامی**. چاپ چهارم. تهران: انتشارات سمت.

نیستانی، عادل؛ درخشان، علیرضا؛ عباس‌پور اسفدن، قنبر و شاه منصوری، اشرف (۱۴۰۳). «ارائه مدل تحول دیجیتال در بانک‌های تخصصی کشور در راستای سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه». **سیاست‌های راهبردی و کلان**، شماره ۴۸.

References

- Abdul-Rahman, Y. (2010). *The art of Islamic banking and finance: Tools and techniques for community-based banking*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.
- Azmat, S, Azad, A. S. M. S, Ghaffar, H, Hayat, A, & Chazi, A. (2020). Conventional vs Islamic banking and macroeconomic risk: Impact on asset price bubbles. *Pacific-Basin Finance Journal*, 62, 101351. <https://doi.org/10.1016/j.pacfin.2020.101351>
- Beck, T, Demirgüç-Kunt, A, & Merrouche, O. (2013). Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability. *Journal of Banking & Finance*, 37(2), 433–447. <https://doi.org/10.1016/j.jbankfin.2012.09.016>
- Hassan, M. K, & Lewis, M. K. (2007). *Handbook of Islamic banking*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Iqbal, Z, & Molyneux, P. (2016). *Thirty years of Islamic banking: History, performance and prospects*. London, UK: Palgrave Macmillan.
- Ismail, A. G, Che Arshad, N, Tohirin, A, & Hudayati, A. (2008). Revisiting Malaysia Islamic banking practices with special reference to profit-loss sharing financing (Working Paper in Islamic Economics and Finance No. 0820). Islamic Economics and Finance Research Group, Universiti Kebangsaan Malaysia.
- Kammer, A, Norat, M, Piñón, M, Prasad, A, Towe, C, & Zeidane, Z. (2015). *Islamic finance: Opportunities, challenges, and policy options*. IMF Staff Discussion Note, SDN/15/05. Washington, DC: International Monetary Fund.
- Kazak, H, Uluyol, B, Akcan, A. T, & İyibildiren, M. (2023). The impacts of conventional and Islamic banking sectors on real sector growth: Evidence from time-varying causality analysis for Türkiye. *Borsa Istanbul Review*, 23(Supplement 1), S15–S29. <https://doi.org/10.1016/j.bir.2023.07.001>
- Muhammed, N. A. (2009). Islamic banking: A practical perspective. *The Journal of Muamalat and Islamic Finance Research*, 6(1), 239–242. Universiti Sains Islam Malaysia.
- Rozali, A, & Sidik, J. (2024). Islamic banking: dynamics and comparison, Indonesia and Malaysia. In *Asian Economies in the Context of Globalization* (Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu). https://doi.org/10.2991/978-2-38476-208-8_4
- Saeed, S. M, Abdeljawad, I, Hassan, M. K, & Rashid, M. (2023). Dependency of Islamic bank rates on conventional rates in a dual banking system: A trade-off between religious and economic fundamentals. *International Review of Economics & Finance*, 86, 1003–1021. <https://doi.org/10.1016/j.iref.2023.03.026>
- Siddiqi, M. N. (2006). Islamic banking and finance in theory and practice: A survey of state of the art. *Islamic Economic Studies*, 13(2), 1–48.

- Sobol, Iwona. (2016). Development of Islamic banking in Indonesia / Rozwój bankowości islamskiej w Indonezji. Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. 10.15611/pn.2016.447.14.
- Yılmaz, S. (2024). Comparison of consumer ethics perception of Islamic banking customers with conventional banking customers of Turkey: A study from Turkish banking system. Journal of Applied Finance & Banking, 14(5), 1–12. <https://doi.org/10.47260/jafb/1451>