

## درآمدی بر نظریه عمومی قراردادهای مالی بازار پول

محمد ساردوئی نسب\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران پردیس فارابی

زهرا فریور

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۲۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۸/۳)

### چکیده

بازار پول و بانک، پدیده‌های مدرنیته و جوامع صنعتی‌اند. به نظر می‌رسد قراردادهایی هم که در چارچوب نظام معاملاتی این بازار تدوین شوند، باید ویژه این بازار تقنین شوند؛ همان‌گونه که پس از صنعتی شدن، قرارداد کار از نظام قرارداد اجاره اشخاص فاصله گرفته و موضوع تقنین واقع شده و همان‌گونه که در بخش دیگری از نظام مالی، قراردادهای بیمه ویژه آن بازار نوظهور تقنین شده است. برای تنظیم مناسبات قراردادی و نیاز اشخاص در جوامع مدرن، یک راه‌حل، توسل به اصل آزادی قراردادی است که بر همین اساس قراردادهای نوین متعددی به صورت عقود بی‌نام در نظام فعلی ایران ایجاد شده‌اند. راه‌حل دیگری که توسط برخی فقها مطرح شده، استمداد از نظریه شروط است که با درج شروط ضمن عقد، همان عقود معین سابق، روزآمد و مبتنی بر نیازهای روز شود. این رویکرد در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز استفاده شده است. روش سوم جعل، وضع و ایجاد عقود معین جدید توسط قانونگذار، متناسب با بازار پول است که در این مقاله به بررسی اجماعی این رویکرد خواهیم پرداخت.

### واژگان کلیدی

بازار پولی و بانکی، عقد معین، عقد نامعین، قرارداد مالی.

## ۱. مقدمه

اصطلاح قراردادهای مالی در دسته‌بندی انواع قراردادها نزد جامعه حقوقی ایران امر ناشناخته‌ای به‌نظر می‌رسد، به همین سبب در مطالعات حقوق قراردادها در ایران تمایزی میان احکام قراردادهای مالی با سایر قراردادها نیز متصور نیست. از طرفی برخی تحلیل‌های صورت‌گرفته در خصوص عقود مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا، نگاه کلان از منظر حقوقی نسبت به نظام قراردادهای مالی امری است که خلاً آن در مطالعات حقوقی بسیار به‌نظر می‌رسد. طرح‌ریزی نظرهای پراکنده‌ای که صاحب‌نظران حوزه بانکی در خصوص قراردادهای مالی این بازار بیان کرده‌اند، در قالب چند نظریه می‌تواند در جمع‌بندی مجادلات و دیدگاه‌های بسیار متعدد و متفاوت در این عرصه راهگشا باشد.

## ۲. قراردادهای مالی بازار پولی و بانکی

در این بخش مفهوم قراردادهای مالی به‌اختصار بیان شده و مصادیق این قراردادها و رویکردهای حاکم بر آنها شرح داده خواهد شد (بند ۱)، سپس اطلاق اصطلاح قرارداد مالی برای این دسته‌بندی و مبانی تئوریک ایجاد این دسته‌بندی متمایز بیان خواهد شد (بند ۲).

### ۲.۱. مفهوم و مصادیق قراردادهای مالی بازار پولی و بانکی

قراردادهایی که بانک‌ها در رابطه با مشتریان خود از آنها استفاده می‌کنند، از نظر اقتصادی به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: ۱: قراردادهای عملیات بانکی و ۲. قراردادهای خدمات بانکی. منظور از قراردادهای عملیات بانکی، قراردادهای «منابع» و «مصارف» بانک‌هاست (هشتمین همایش بانکداری اسلامی، ۱۳۷۶: ۲۴-۱۰) که قانون عملیات بانکی بدون ربا ایران براساس اصول حسابداری، این قراردادها را در دو گروه «تجهیز منابع» و «تخصیص منابع» قرار داده است<sup>۱</sup> (رجایی، ۱۳۸۰: ۳۲-۱۹).

در گروه تجهیز منابع، قراردادهای «سپرده‌های بانکی» قرار دارند. این سپرده‌ها شامل «سپرده جاری»، «سپرده پس‌انداز» و «سپرده‌های مدت‌دار» هستند. قانون عملیات بانکی بدون

۱. شایان ذکر است که این اصطلاحات فاقد اصالت در ترمینولوژی حقوقی و فقهی‌اند، و صرفاً جنبه اقتصادی و حسابداری دارند، حتی قانون عملیات بانکی بدون ربا و مقررات بعدی نیز به تعریف آنها در متون قانونی نپرداخته‌اند و در وضع احکام و قوانین بر عقود تأثیری بر این دسته‌بندی‌ها مترتب نیست. از این‌رو این مقاله صرفاً از این حیث که به بررسی و نقد وضع موجود می‌پردازد، برای روشن شدن جایگاه بحث از این اصطلاحات استفاده می‌کند، بی‌آنکه آنها را در قانونگذاری آتی در خصوص قراردادهای مالی بازار پول پیشنهاد دهد، چراکه معادل دقیق خارجی برخی از آنها در قوانین مشابه سایر کشورها روشن نیست، به‌ویژه کشورهایی که مهد ایجاد و توسعه صنعت بانکداری و قوانین و مقررات آن بوده‌اند و ثانیاً وصف حقوقی و فایده حقوقی در تقسیم‌بندی آنها به این شکل نیز متصور نیست.

ربا برخی از این سپرده‌ها را - سپرده جاری و سپرده پس‌انداز - را در قالب عقد قرض (قرض الحسنه) و برخی از این سپرده‌ها را - یعنی سپرده‌های مدت‌دار اعم از کوتاه‌مدت و بلندمدت - به دلیل تعلق سود به آنها در قالب «عقد وکالت» بازتعریف کرده است.

در گروه تخصیص منابع، «وام‌ها» یا به تعبیر قانون عملیات بانکی بدون ربا، «تسهیلات» و اقسام گوناگون آن وجود دارند که در بسیاری از کشورها، همه تحت عنوان وام بررسی می‌شوند. قانون عملیات بانکی بدون ربا اقسام گوناگون وام را با تأکید بر قرض نبودن قالب قراردادی آنها در قالب سایر عقود معین مندرج در قانون مدنی بازتعریف کرده است که شامل مضاربه، مزارعه، مساقات، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، مشارکت حقوقی و مشارکت مدنی، سرمایه‌گذاری مستقیم می‌شود. این عقود در آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب هیأت وزیران نیز احصا و تعریف شده است. همچنین قانون برنامه پنجم توسعه سه عقد مرابحه، خرید دین و استصناع را نیز به این عناوین عقود اضافه کرد.

قراردادهای حوزه خدمات بانکی، شامل ضمانت‌نامه‌های بانکی، اعتبارات اسنادی، قراردادهای صندوق‌های امانات بانکی و انتقال اعتبار و حواله‌جات بانکی است. در خصوص این قراردادها تمایل بر شمول آنها در ماده ۱۰ قانون مدنی و در زمره عقود نامعین بوده است (مسعودی، ۱۳۹۰: ۱۲۰). البته در سال‌های اخیر اعتبارات اسنادی ربالی برخلاف اعتبارات اسنادی ارزی، به موجب دستورالعمل شورای پول و اعتبار بانک مرکزی از طریق جعاله، مرابحه و استصناع بازتعریف شده است.<sup>۱</sup>

بنابر مطالب مذکور، هنگامی که سخن از قراردادهای مالی بازار پول به میان می‌آید، منظور تمامی قراردادهای فوق‌الذکر در حوزه تجهیز (سپرده‌ها)، تخصیص (وام‌ها) و خدمات است. برخلاف تصور اولیه، مسئله اصلی در تمامی این قراردادها، ربا نیست و نمی‌توان وضع مشوش فعلی نظام حقوقی ایران در زمینه قراردادهای مالی را صرفاً به دلیل فرار از ربا در این قراردادها دانست؛ چراکه در سپرده‌های جاری و پس‌انداز، اساساً مسئله سود و ربا مطرح نیست. در اعتبارات اسنادی، ضمانت‌نامه‌های بانکی، حواله‌جات و امانات نیز که در زمره خدمات بانکی هستند، ربا مطرح نیست؛ لیکن با وجود این از نظر حقوق خصوصی و حقوق قراردادهای، بلا تکلیفی در مبانی قراردادی در این عقود نیز ملاحظه می‌شود. از این رو رویکرد این مقاله بررسی تمامی این قراردادها به عنوان یک کل منسجم تحت عنوان قراردادهای مالی نظام بانکی است و مسائل حقوقی مشترک در آنها از منظر کلان قواعد عمومی قراردادهای مورد مذاکره قرار می‌گیرد و نه مسائل خاص و جزئی هر عقد یا زیرگروه‌های قراردادهای مالی.

۱. دستورالعمل مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۷ شورای پول و اعتبار بانک مرکزی.

اصطلاح قرارداد مالی را برخی نویسندگان به کلیه عقود معین مندرج در قانون مدنی که جنبه مادی دارند، اطلاق کرده‌اند<sup>۱</sup> (میرزاژاد جویباری، ۱۳۸۸: ۳۴۵). یعنی به جز نکاح و چند عقد معدود دیگر، سایر قراردادها که موضوع آنها یک مال یا حق مالی است، در این دیدگاه قرارداد مالی تلقی می‌شوند، مانند بیع، اجاره و مضاربه و ... لیکن در دیدگاهی دیگر صرفاً قراردادهایی را که در بازارهای مالی در مفهوم مدرن آن استفاده می‌شوند، قرارداد مالی می‌توان دانست، یعنی قراردادهایی که در سه بازار بیمه، بورس و بانکی استعمال می‌شوند.

## ۲.۲. مبانی تئوریک و تاریخی شکل‌گیری قراردادهای مالی در بازار پولی و بانکی

«پارادایم شیفت» به معنای تغییر بنیادین در ساخت‌ها و اصول حاکم بر یک دوران و ورود به دوران دیگر (Balling *et al.*, 2012: 7-225) نخست در عرصه علوم تجربی و ریاضی مطرح شد و سپس در حوزه جامعه‌شناختی و علوم انسانی نیز مورد پذیرش واقع شد. در حوزه علوم محض، عبور از دوران بطلمیوسی به دوران کپرنیکی و پس از آن عبور به دوران نیوتن نشان‌دهنده تغییرات بنیادین در علم بود، همین تغییرات بنیادین در حوزه معاملات تجاری رخ نمود و ساختار اجتماعی مناسبات مالی مردم به مرور دستخوش تغییرات بنیادین شد (زیباکلام، ۱۳۸۴: ۳۱-۳۳). زنجیره این تحولات را در حوزه قراردادهای مالی بازار پولی و بانکی می‌توان در چندین محور دنبال کرد:

### ۲.۲.۱. مدرنیته و صنعتی شدن و ایجاد قراردادهای جدید

در پی مدرنیته و صنعتی شدن جوامع از یک سو و افزایش جمعیت شهرها از سوی دیگر، روابط اقتصادی شهروندان دچار تغییرات عمده‌ای شد و قراردادهای جدید برای این روابط جدید لازم آمد.<sup>۲</sup> برای نمونه روابط استخدامی از تجارتخانه‌ها و بنگاه‌های کوچک به رابطه کارگری و کارفرمایی در کارخانه‌های بزرگ با هزاران کارگر تبدیل شد. از این رو قرارداد کار تحت سیستم نظم عمومی محور قوانین کار کشورها جایگزین قرارداد اجاره اشخاص شد (عراقی، ۱۳۹۳: ۱۶۹-۱۶۶). همین روند تغییرات در حوزه بازارهای مالی رخ نمود و موجب تحول و تکامل مناسبات در آن شد (WorldBank, 1989: 41-53).

۱. برخی نویسندگان مفهوم قرارداد مالی در قانون مدنی و صرفاً در میان عقود معین متداول و مصرح در این قانون جست‌وجو کرده‌اند، فلذا قرارداد مالی، عقود معین مصرح در قانون مدنی‌اند که مربوط به اموال و مالکیت است، مانند بیع، اجاره، عاریه، مضاربه و ... بنابراین نکاح و سایر عقودی که در مورد اموال و مالکیت نباشند، قرارداد غیرمالی خواهند بود.

2. Industrialization & Spread of Urban Society instead of Local Trade

### ۲.۲.۲. ایجاد شخصیت حقوقی و به‌طور خاص شرکت سهامی عام

از زمانی که مفهوم شخصیت حقوقی مستقل و اصل مسئولیت محدود شرکت مطرح شد، Klein, Davies, 2010: 31-100)، (Acheson, Turner, 2006: 320-446; , yontraP, 2010: 32-60; Coffee, Vermeulen, 1917; 561-588 Mahoney, 2000: 873; Hunt 1936: 32-70; نوینی جز عقد شرکت و ایجاد مال مشاع شکل گرفت. بنگاه‌های اقتصادی از جمله نهادهای مالی و مؤسسات مالی و اعتباری در قالب این شرکت‌ها سامان یافتند، شرکت‌های سهامی عام با جمع‌آوری حجم وسیعی از دارایی‌های خرد افراد شکل گرفتند و بازار بورس ایجاد شد تا سهام این شرکت‌ها میان افراد جامعه (عرضه‌کنندگان و تقاضاکنندگان سرمایه) مبادله شود. بانک‌ها به‌عنوان یکی از اقسام مهم شرکت‌های سهامی عام مطرح شدند (World Bank, 1989: 43).

### ۲.۲.۳. عنصر اعتماد در جوامع شهری صنعتی و شکل‌گیری بانکداری شرکتی

در جوامع مدرن شهری به‌دلیل مهاجرت روستاییان به شهرها و افزایش جمعیت شهرها و عدم شناخت و اعتماد بین ساکنان شهرها، امکان اخذ وام یا سپردن وجوه برای امانت یا سرمایه‌گذاری و مشارکت میان شهروندان به روش‌های سنتی گذشته میسر نبود. از این رو بانک‌ها به‌عنوان نهادهای واسط (kazals, 2012: 159-175) در قالب شرکت‌های سهامی عام، میان عرضه‌کنندگان و تقاضاکنندگان سرمایه عمل می‌کردند؛ پس از چند دهه به‌دلیل نظارت عمومی نهادهای حاکمیت<sup>۱</sup> بر عملکرد این شرکت‌ها، اعتماد مردم نیز به آنها فزونی یافت. از این رو به‌نظر می‌رسید بانک‌ها در مقایسه با اشخاص و تجار حقیقی که در گذشته وام می‌دادند یا تجاری که با مضاربه، سرمایه افراد را اخذ و با آن تجارت می‌کردند و در نهایت شخص سرمایه‌دهنده را هم در درصدی از سود حاصل از آن سهیم می‌کردند، قابل اعتمادتر بودند و هزینه‌های معاملاتی (Bratton, 1989: 1471-152) را به‌نحو چشمگیری کاهش دادند (Millon, 1990: 201-250; Foss, Thomsen, Lando, 2000: 631-658; Demsetz, 1983: 377; نادران و شریف‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰-۶؛ نصیری اقدم، ۱۳۸۹: ۷۰؛ بادینی، ۱۳۸۲: ۱۲۱-۹۷).

### ۲.۲.۴. بانک به‌عنوان نهاد واسط

با ایجاد این نهاد جدید تحت عنوان بانک، مجموعه‌ای از روابط مالی و قراردادی جدید میان بانک و مشتریان شکل گرفت و به تعبیری برخی عقود سنتی سه طرف معامله پیدا کرد و از این رو قالب‌های قراردادی سابق پاسخگوی این روابط سه‌جانبه نبودند (kazals, 2012: 159-175). برای نمونه در گشایش اعتبارات اسنادی با توجه به گسترش تجارت بین‌الملل ممکن

۱. مانند بانک مرکزی یا شورای ثبات مالی در اغلب کشورها. ر.ک:

بود کالایی با حمل بین‌المللی میان دو کشور یا حتی حمل مرکب مبادله شود و مبادله ثمن آن با توجه به زمان رسیدن کالا و میزان بالای مبلغ ثمن تشریفات قراردادی ویژه‌ای را نیازمند باشد، به‌نحوی که خریدار، ثمن معامله را نزد بانک به‌عنوان نهاد واسطه مورد اعتماد طرفین بیع قرار می‌داد. پس از ارسال کالا توسط فروشنده، بارنامه آن صادر می‌شد و با تحویل بارنامه به بانک خریدار، فروشنده امکان برداشت وجه ثمن را داشت. با توجه به بعد مسافت، این کار میان دو بانک (یکی مستقر در کشور خریدار و یکی مستقر در کشور فروشنده) انجام می‌گرفت. ملاحظه می‌شود که در این رابطه به‌جای دو طرف، در قرارداد بیع، چهار طرف درگیرند و علاوه بر قرارداد بیع، برای پرداخت ثمن معامله و تحویل مبیع توافقات دیگری نیز مطرح است. این روابط حتی می‌توانست با اعطای تسهیلات از سوی یکی از بانک‌ها به خریدار در قالب همین اعتبار اسنادی یا اقسام وام‌ها، پیچیده‌تر نیز شود. مسئله تبادل ارز در این خریدها نیز به‌دشواری مفاد توافقات می‌افزود.

#### ۲.۲.۵. ناکارآمدی عقود سنتی

پیش از طرح مفهوم شخصیت حقوقی و شرکت سهامی در نظام حقوقی کشور ما و به‌تبع آن پیش از طرح نهادی به نام بانک، بازار پول براساس عقود سنتی مندرج در قانون مدنی اداره می‌شد و عقود معین مندرج در قانون مدنی و منصوص در متون فقهی، تنظیم‌کننده روابط مالی طرفین قرارداد بودند، مانند عقد قرض، عقد مضاربه، عقد شرکت و ... روابط قراردادی که اغلب میان اشخاص حقیقی انجام می‌گرفت. لیکن با صورت گرفتن تحولات مذکور، اگرچه عقود معین همچنان در روابط خصوصی و شخصی بلاواسطه اشخاص غیرتاجر در بسیاری موارد کاربرد دارد، ولی در برخی روابط تجار و حتی در برخی روابط اشخاص خصوصی غیرتاجر، اقتضائات نوینی حکمفرما شد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۲۳)<sup>۱</sup>، مانند مفهوم بیمه کردن اموال توسط اشخاص که عقود معین نمی‌توانست آن را در یکی از چارچوب‌های متداول خود تعریف کند (مطهری، ۱۳۶۸: ۱۴۷) و پیش‌فروش ساختمان‌ها که با بسیاری از احکام بنیادین عقد بیع در تعارض بود (مانند تملیکی بودن) (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۱-۲۷۴). مقررات ثبتي و اجباري شدن ثبت نیز الزامات و تکالیفی را در برخی روابط خصوصی افراد تحمیل کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۵۷-۲۵۵) که

۱. «شکوفای شدن اقتصاد سرمایه‌داری و سیر تاریخی جوامع کشاورزی به صنعتی شدن این وضع را دگرگون ساخت. نیاز روزافزون سازمان‌های صنعتی به داشتن سرمایه‌های بزرگ باعث شد که به‌جای مستمندان و ناتوانان، توانگران و ثروتمندان خواهان وام شوند و وام‌دهندگان سرمایه‌داران کوچک و گاه بی‌بضاعت باشند. اگرچه پیش از این کسانی وام می‌گرفتند که برای نیازهای ابتدایی خویش پول کافی نداشتند، از این پس توانگرانی وام می‌خواستند که آن را وسیله تجارت قرار می‌دادند و با رغبت حاضر بودند سهم ناچیزی از سودهای سرشار خود را به‌عنوان بهره به صاحبان سرمایه بدهند تا آنان را تشویق به وام دادن کنند.»

برخی احکام سابق عقود را نیز متحول ساخت؛ این امر همچنین ادله اثبات دعاوی و نحوه رسیدگی به اختلافات افراد را نیز دستخوش تحولات فراوانی کرد (طباطبائی حصارى، ۱۳۸۹: ۲۶-۱۰). ملاحظه می‌شود که قرارداد مالی مفهومی است که از عقود معین مندرج در قوانین مدنی و متون فقهی و تاریخی فاصله گرفته و محصول تحولات اجتماعی و تاریخی در بازارهای مالی (بازار پول، بازار سرمایه و بازار بیمه) است.

نظر به مراتب مذکور به‌منظور انطباق یا یافتن راه‌حل قراردادی برای این شکل جدید مناسبات جوامع مدرن، راه‌حل‌های متفاوتی اتخاذ شد که حتی گاهی به موازات یکدیگر در یک نظام حقوقی واحد مانند ایران اعمال شد. در قسمت بعد (شماره ۳) به تشریح نظریه شروط به‌عنوان راه‌حل جاری در حقوق قراردادهای ایران می‌پردازیم و سپس قسمت بعد از آن (شماره ۴) با طرح نظریات جایگزین به نقد نظریه شروط و ارائه راه‌حل پیشنهادی خواهیم پرداخت.

### ۳. نظریات موجود در نظام حقوقی فعلی ایران در خصوص قراردادهای مالی بازار پول

تلقی کلی از حدود بیش از نه دهه حضور نهاد بانک در ایران<sup>۱</sup> این بود که مباحث حقوق قراردادی بانک، همان است که در فقه و متعاقباً در قانون مدنی منعکس شده است و از این حیث تفاوتی میان قراردادهای شخصی مردم و قراردادهای بازارهای مالی منعقد شده توسط مؤسسات اعتباری ملاحظه نمی‌شد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، با طرح مسئله ربا در حوزه فعالیت‌های بانکی، قراردادهای بانکی و رابطه بانک با مشتری مورد توجه فقها، حقوقدانان و علمای اقتصاد قرار گرفت و با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا و متعاقب آن نگارش مقالاتی، موضوع قراردادهای بانکی، مورد توجه جدی حقوقی واقع شد (کاشانی، ۱۳۷۶؛ کانونیان، ۱۳۸۴؛ مسعودی، ۱۳۹۰؛ السان، ۱۳۸۹؛ سلطانی، ۱۳۹۳؛ باقری و فریور، ۱۳۹۳). در طول سه دهه اخیر با تعمق در مقالات، سخنرانی‌ها و تألیفات صورت‌گرفته در خصوص قراردادهای بانکی، به‌نظر می‌رسد برای توجیه مسئله ربا در فعالیت‌های بانکی سه دیدگاه در عرصه حقوق خصوصی توسط حقوقدانان، فقها و اقتصاددانان ارائه شده است: ۱. نظریه شروط؛ ۲. نظریه عقود نامعین و ۳.

۱. در سال‌های نخستین ورود نهاد بانک به ایران، قوانین موضوعه صرفاً در قالب قانون تجویز تأسیس یک نهاد مالی جدید وضع می‌شدند، مانند قانون تأسیس بانک شاهنشاهی ۱۲۶۷ یا قانون تأسیس بانک ملی ایران در جلسه مورخ ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۰. پس از گذشت چند دهه از ایجاد این نهاد در ایران، تلاش‌های اولیه قانونگذاری به‌صورت یک قانون کلی و حاکم بر تمام سیستم بانکی کشور، آغاز شد و سرانجام به‌صورت قانون پولی و بانکی کشور در سال ۱۳۵۱ به تصویب مجلس شورای ملی رسید، لیکن این کوشش‌های حقوقی نیز معطوف به مسائل حقوق عمومی و نظارت حاکمیت بر بانک‌ها بود و در حوزه حقوق خصوصی و حقوق قراردادها تا سال‌ها بحث جدی درنگرفت.

نظریه عقود معین جدید که این مقاله درصدد معرفی آن و نشان دادن رگه‌هایی از باور به این نظریه در میان برخی صاحب‌نظران است.

### ۳.۱. نظریه شروط

در بانکداری عرفی<sup>۱</sup> و متداول در بازارهای پولی و بانکی غرب مبنای اغلب قراردادهای بانکی، عقد قرض است. مسئله ربا در این نظام قراردادی به صورت تاریخی حل شده و (باقری و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۱۲-۱۰۹) در مقابل دیدگاه بانکداری عرفی مبتنی بر قرارداد قرض، نظریه شروط مطرح شده است. البته این دیدگاه تحت این عنوان چندان معرفی نشده است؛ بلکه اخیراً یکی از اعضای شورای فقهی بانک مرکزی در مقاله‌ای با عنوان «بررسی قاعده شرط در قراردادهای بانکی» به نقد این رویکرد پرداخته است (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۶: ۱۷۸-۱۴۹) که به نظر می‌رسد گفتمان غالب (محقق داماد ۱۳۸۸؛ موسویان و میسمی، ۱۳۹۳: ۱۰۹-۷۹)<sup>۲</sup> حاکم بر اقتصاد ایران و صنعت بانکداری مبتنی بر این نظریه است، بی‌آنکه صراحتاً مبانی نظری آن از حیث حقوق قراردادهای تحت این عنوان یا عناوین دیگری طرح‌ریزی شده باشد. این نظریه از زمان تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا تاکنون پرورش یافته و اساساً قانون مذکور مبتنی بر نظریه شروط بنا شده است.

وجه تسمیه این نظریه به نظریه شروط به علت الصاق شروط ضمن عقد به عقود معین است. گفتمانی که از حیث حقوق قراردادهای می‌توان آن را تحت عنوان «نظریه شروط» معرفی کرد<sup>۳</sup>، در برابر دو دیدگاه عمده دیگری قرار دارد: از یک سو در مقابل دیدگاه بانکداری عرفی قرار گرفته که مبتنی بر نظریه قرض بودن معاملات بانکی است. از سوی دیگر، در برابر نظریه عقود نامعین در فعالیت‌های بانکی قرار دارد. در نظریه قرض بودن فعالیت‌های بانکی، مقتضای ذات اغلب روابط قراردادی در بانک‌ها، عقد قرض تلقی می‌شود، چه در آن دسته از قراردادهایی که علمای اقتصادی آنها را در گروه «تجهیز منابع» قرار می‌دهند که شامل سپرده‌گذاری مشتریان در بانک‌هاست و می‌تواند به صورت سپرده جاری یا کوتاه‌مدت یا بلندمدت باشد و چه در دسته اقتصادی قراردادهای مربوط به «تخصیص منابع» که شامل اخذ تسهیلات و انواع وام‌ها از بانک‌ها می‌شود.

#### 1. Conventional banking

۲. قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و دستورالعمل‌های اجرایی آن.

۳. هرچند در اقتصاد به بانکداری اسلامی شهرت دارد.



در نظریه شروط تلاش شد که ضمن انکار قرض بودن روابط قراردادی بانکها با مشتریانشان، از سایر عقود معین مدد جسته شود و روابط بانکی را در آنها طرح ریزی کند.<sup>۱</sup> لیکن با توجه به اینکه بعضاً این قراردادها تطابق کافی با مقتضای اطلاق این عقود معین جایگزین نداشتند، از شروط ضمن عقد مدد جست تا معاملات مالی در بازار پولی را در قالب عقود معین مندرج در قانون مدنی و متون فقهی بازتعریف کند (موسویان ۱۳۹۲). برای نمونه قرارداد اعتبار اسنادی در قالب عقد جعاله توجیه شد (رفیعی، ۱۳۸۶: ۸۳-۷۰) یا ضمانت نامه های بانکی در قالب عقد ضمان توجیه می شوند، البته با این توضیح که شروط ضمن عقد خاصی نیز برای آنها تعریف شوند (مسعودی ۱۳۸۲: ۱۶۶-۱۵۶). همچنین وثیقه گذاری بانکی همان عقد رهن دانسته می شود (ملاکریمی، ۱۳۸۲: ۳۲) یا وام هایی که بانکها به مشتریان می دهند، در قالب عقد مرابحه یا استصناع یا جعاله یا مضاربه یا فروش اقساطی و مانند آن بازتعریف می شوند.<sup>۲</sup> (موسویان، ۱۳۸۴: ۵۱-۴۹). همچنین سپرده های مدت دار در قالب عقد وکالت با شروط ضمن عقد ویژه ای تعریف می شوند (موسویان، ۱۳۸۳: ۴۵؛ بنی طبا، ۱۳۹۴: ۲۱). این دیدگاه نه تنها در قانون عملیات بانکی بدون ربا پذیرفته شد، بلکه در پیش نویس طرح اصلاح مقررات بانکی مجلس شورای اسلامی که در سال های ۱۳۹۴ و ۱۳۹۵ توسط کمیسیون اقتصادی مجلس نگاشته شد نیز، مجدداً مورد تأکید واقع شد. اگرچه از زمان تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا تاکنون علما و فقهای تراز اولی نیز با این دیدگاه مخالف بودند (یزدی، ۱۳۶۲: ۴۸۲؛ مهدوی کنی، ۱۳۹۴: ۸۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۳۵-۲۵)، به نظر می رسد بن مایه نظریه شروط توجیه روابط قراردادی بانکی در قالب عقود معینی غیر از عقد قرض است تا ایراد ممنوعیت بهره در قرض مرتفع شود. در واقع صورت مسئله به این نحو تغییر می کند که اساساً موضوع بحث در قراردادهای مالی بازار پولی و بانکی، قرض نیست تا انتقاد بهره به آن مترتب باشد. لیکن در قراردادهای خدمات بانکی، این نظریه توسعه یافته و برای قراردادهای جدید مانند اعتبار اسنادی نیز از جعاله، مرابحه و استصناع استفاده می شود یا سپرده جاری را در قالب قرض تعریف می کند.

نظریه شروط بر دو محور استوار است؛ اول آنکه نمی توان از محدوده عقود معین منصوص در متون فقهی فراتر رفت و باید روابط بانکی را در همین عقود معین بازتعریف کرد (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۳)؛ لذا نظریه عقود غیرمعین در این دیدگاه مردود است؛ ثانیاً ضمن رد انطباق عقد

۱. اگرچه در بسیاری از مقالات اقتصادی این نظریه تحت عنوان بانکداری اسلامی یا بانکداری بدون ربا مطرح شده است، به نظر می رسد این عناوین در مطالعات اقتصادی کاربرد داشته باشند و از نظر حقوق قراردادهای و مطالعات حقوقی فقهی این نظریه را بهتر است «نظریه شروط» بنامیم.

۲. ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹: «به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می شود. آیین نامه اجرایی این ماده به تصویب هیأت وزیران می رسد / آیین نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۶ هیأت وزیران».

قرض بر روابط بانکی با الصاق شروطی بر برخی عقود معین مانند جعاله، مضاربه و بیع، می‌توان روابط قراردادی بانکی را در قالب آنها بازتعریف کرد. اگرچه بازار پول و نهاد بانک در معنای امروزی آن، در گذشته وجود نداشته، ولی دو چالش مشابه از گذشته مطرح بوده است: نخست وجود روابط قراردادی جدید با توجه به تحولات جامعه که قابلیت انطباق در قالب عقود معین را نداشتند و دوم روابطی که شائبه ربا در آنها بوده که به مدد شروط ضمن عقد در سایر عقود معین طرح‌ریزی می‌شدند و از ربا به این وسیله فرار می‌کردند. از این رو نظریه شروط بر دو مبنای فقهی استوار است که در فقه امامیه مورد اقبال اکثریت فقها به‌نظر نمی‌رسد: نخست رویکرد اصاله‌التوقف<sup>۱</sup> و دوم مبنای استفاده حداکثری از حیل شرعی<sup>۲</sup>.

### ۳.۲. نظریه عقود نامعین

به‌منظور توجیه چارچوب قراردادی روابط بانک‌ها و مشتریان، نخستین دیدگاه در برابر نظریه شروط که به نقد آن می‌پردازد، این است که به‌جای آنکه رابطه بانک و مشتریانش را مبتنی بر عقد قرض بدانیم تا با قاعده منع ربا مواجه شویم، این قراردادها را تابع عقود غیرمعین بدانیم و با توسل بر اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۵-۱۴۴-۹۵)<sup>۳</sup>، هریک از روابط بانک با مشتری را یک قرارداد جدید بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۸۳-۴۷؛ مسعودی، ۱۳۸۲: ۱۶۶-۱۵۶؛ رفیعی،

۱. اصاله‌التوقف: مورد نخست، در قالب نظریه اصاله‌التوقف یا اصاله‌الحظر مطرح بوده است که در برابر دیدگاه اصاله‌الایحاه و اصاله‌الصحه قابل بررسی است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۹۵). توضیح آنکه معتقدیان به اصاله‌التوقف بر این باور بودند که هیچ عقدی جز عقود معین منصوص در متون فقهی را نمی‌توان به نظام قراردادی اضافه کرد. این دیدگاه بیشتر در میان اخباری‌ها مطرح بوده است (سهرابیان پاریزی، ۱۳۸۶: ۶۷-۵۰) و چندان مورد تأیید اکثریت فقها قرار نگرفته است، هرچند هم‌اکنون نیز طرفدارانی دارد. البته قانونگذار ایران با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی در مقام تأیید اصل آزادی قراردادهای و رد اصاله‌التوقف بوده است و تصویب قانون بیمه و تصویب قانون کار و مقررات مربوط به قراردادهای جدید نفتی و مانند آن، مکرر از این دیدگاه عدول کرده است. حتی علمایی نیز به‌صراحت این نظر را رد کرده‌اند.

۲. حیل شرعی: دومین مبنای فقهی نظریه شروط، حیل شرعی است (موسویان و میسمی، ۱۳۹۰: ۲۹). دومین مبنای فقهی نظریه شروط، حیل شرعی است (موسویان و میسمی، ۱۳۹۰: ۲۹). در دیدگاه حیل شرعی، روابط جدید برای آنکه در قالب قرض نگنجد با توجیهاتی در قالب سایر عقود قرار می‌گیرند و بعضاً از شروط ضمن عقد نیز برای آنها استفاده می‌شود. برای نمونه در ایران معاصر بیع شرط در واقع نوعی از قرض بود که در لباس عقد بیع بازتعریف می‌شد و قانونگذار ایران به‌دلیل شیاع بی‌عدالتی ناشی از این حیل در قانون ثبت با ممنوعیت معاملات با حق استرداد سعی در جلوگیری از ترویج آن کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۶۵-۱۶۴).

۳. «به موجب اصلی که ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته است، برای ایجاد لازم نیست که تراضی اشخاص به صورت معین درآید. برخلاف آنچه در فقه به‌ویژه نزد متقدمان مشهور بوده است، قراردادهای خصوصی به هر شکل که بسته شود، در حقوق کنونی تابع قواعد عمومی قراردادهاست و از این حیث امتیازی بین عقود معین و سایر قراردادها وجود ندارد..... این شهرت در بین متأخران مورد تردید است، زیرا جمعی بدین نظر پیوسته‌اند که حکم «وجوب وفای به عهد» ناظر به همه قراردادهاست نه آنچه در زمان پیامبر نام و عنوان خاص داشته است یا فقیهان از آن نام برده‌اند. برای نمونه باید از مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی نام برد.....» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۹۵ و ۱۴۴ و ۱۴).

۱۳۸۶: ۸۳-۷۹؛ کاشانی حصار، ۱۳۹۶: ۱۲۴؛ پورمقیم، ۱۳۹۶: ۱۹۶-۱۸۱؛ کاشانی حصار، ۱۳۹۵: ۳. برای نمونه در سپرده‌گذاری بانکی، سپرده جاری را می‌توان یک عقد نامعین دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۹۶) یا در فرضی که سپرده از نوع مدت‌دار است و بانک مبلغ ثابتی را به مشتریان سپرده‌گذار به‌عنوان سود حساب کوتاه‌مدت یا بلندمدت می‌پردازد، این قرارداد را یک عقد جدید بدانیم که بر مبنای اصل صحت استوار است (موسویان و میسمی، ۱۳۹۳: ۷)، چراکه در این رابطه قراردادی قصد واقعی و به بیان دیگر اراده باطنی (کاشانی، ۱۳۷۷: ۲۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۱-۲۲۰)<sup>۱</sup> طرفین نیز قرض نیست، بلکه مشتری وجوه اضافی خود را نزد بانک می‌سپارد تا هم از آنها نگهداری کند و هم به بانک اذن می‌دهد که این وجوه را در فعالیت‌های بازرگانی خود به‌کار گیرد و در زمان معین یا عندالمطالبه به مشتری مسترد شود و نیز قیمت کاهش ارزش پول (قیمت پول در زمان) محاسبه شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۱۷-۶۰۲)<sup>۲</sup> و به‌همراه درصدی از سود حاصل از فعالیت بازرگانی بانک یا مشتریان وی به مشتری سپرده‌گذار پرداخت شود.

#### ۴. نظریه جعل عقود معین جدید<sup>۳</sup>

در این دیدگاه با تأکید بر استفاده حداقلی و خاص از عقود نامعین، روش استفاده گسترده از عقود نامعین روش مناسبی برای بازارهای مالی از جمله روابط پولی و مالی تلقی نمی‌شود. این دیدگاه اذعان می‌دارد که در روابط تجاری و بازرگانی اصولاً اصل آزادی قراردادی در بسط و توسعه قراردادهای و پوشش تمامی ریسک‌ها و برآورده شدن اراده طرفین با توجه به تحولات روز مؤثر است، برای نمونه در یک قرارداد حمل دریایی شروط اینکوترمز و اصول حاکم بر تعهدات متصدی حمل و نقل، آن را از رابطه اجاره اشخاص یا وکالت متمایز می‌سازد و یک قرارداد خاص با توجه به اقتضات تجاری خاص این حوزه حاکم می‌گردد (اخلاقی، ۱۳۷۲: ۳۸-۴) یا در قرارداد ساخت یک نیروگاه (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷: ۱۸۸-۱۷۳) قرارداد کلید در دست<sup>۴</sup> که

۱. همچنین «اگر معامله‌ای که منظور واقعی است ممنوع و فاسد باشد، قرارداد صوری نمی‌تواند موجب فرار از اجرای قانون شود، تقلب نسبت به قانون ممنوع است و حیلۀ قانونی نامشروع را مشروع نمی‌سازد، عقد ظاهری چون با اراده حقیقی و مشترک منطبق نیست، اثر ندارد و عقد واقعی نیز به دلیل مخالفت با قانون فاسد است. پس اگر شخصی برای تحصیل ربح گزاف عقد قرض را به‌صورت بیع شرط یا صلح یا اجاره درآورد، بر این حیلۀ هیچ اثری بار نیست (مطابق ماده ۷۱۹ ق. آ.د.م.)» کاتوزیان ۱۳۸۸ ص ۲۲۵.

۲. «همین که وام دادن به پول اختصاص یافت، همه دریافتند که حکمت دیرین خدشه برداشته است. ارزش پول نامستقر است و به تدریج و گاه ناگهان کاهش می‌یابد. پس اگر وام‌دهنده مثل آنچه را پرداخته است بازستاند، ارزش از دست‌رفته را باز نمی‌یابد: یا باید بر مقدار آنچه می‌ستاند بیفزاید یا ارزش وام را با معیار دیگری بسنجد.»

«همچنین در مواردی که وام‌گیرنده تعهد می‌کند که دین پولی (ریال) خود را معادل مقداری طلا یا ارز خارجی بپردازد این شرط الزام‌آور است. (ماده ۱۰ ق.م.)...»

۳. این نظریه پیش از این در بازارهای مالی در خصوص عقد بیمه اعمال شده است (مطهری، ۱۳۹۳: ۱۴۷).

به‌طور مفصل به تشریح تعهدات و خدمات قراردادی می‌پردازند، انجام بهینه یک قرارداد بلندمدت مدرن را با توجه به نیازهای صنعتی روز ممکن می‌سازد. لیکن در بازارهای مالی به‌خصوص بازار پول، به دلایلی که در ادامه خواهد آمد، قراردادهای معینی نیاز است که دولت از وضع قواعد امری متعدد آزادی قرارداد طرفین را در آن محدود می‌کند. از این رو نظریه عمومی قراردادهای مالی در بازار پول که قراردادهای مالی را از سنخ قراردادهای عمومی دانسته و آنها را به‌عنوان عقود معین جدید موضوع تقنین می‌داند تا قواعد امری و قواعد تکمیلی اختصاصی آنها تشریح شود، رویکرد ارجح است.

#### ۴.۱. جایگاه ویژه نظم عمومی در بازارهای مالی

در بازارهای مالی از جمله بازار پولی بانکی، عنصر نظم عمومی جایگاه متفاوتی دارد (باغستانی، میبیدی و صمدی بروجینی، ۱۳۹۴: ۵۷-۵۴). از طرفی مشتریان بانک‌ها و بانک‌ها، به‌عنوان طرفین قرارداد دچار نابرابری فاحشی در قدرت چانه‌زنی قراردادی هستند (rezhinraB, 2006:841-851)، از این رو نهاد ناظر (بانک مرکزی) و نهاد قانونگذار مکلف‌اند در مواردی ورود کنند و این رابطه قراردادی را سامان دهند و نمی‌توان این رابطه قراردادی را به اراده آزاد طرفین وا گذاشت تا بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها، بانک با هر مشتری به‌نحو دلخواه خود قرارداد منعقد سازد و موجب تبعیض ناروا شود یا هر بانک، اصول قراردادی متفاوت با بانک دیگر را استفاده کند و خدمات یکسان را در قالب‌های قراردادی و شروط متفاوت ارائه دهند. نظم عمومی در بازار مالی نقطه تمایز قراردادهای بانکی از سایر قراردادهای تجاری مدرن و پیشرفته صنعتی جهان معاصر است. امروزه بر کسی پوشیده نیست که ورشکستگی یک بانک یا تفاوت فاحش در نرخ سود بانک‌ها یا تفاوت فاحش در مدل قراردادی روابط بانک‌ها و مشتریان می‌تواند نظم بازارهای مالی را بر هم زند و به ریسک سیستمی منجر شود. از این رو نظم عمومی اقتصادی موجب می‌شود ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی و تجویز عقود نامعین در حوزه بانکداری پذیرفته نشود و جعل عقود معین جدید و ویژه نظام بانکی نظریه کارآمدتری باشد.

#### ۴.۲. نظارت بانک مرکزی به نمایندگی حکومت بر بانک‌ها

نهاد ناظر در هر سیستم بانکی که بانک مرکزی هر کشور است، برای جلوگیری از بی‌عدالتی، نرخ سود را (چه در سپرده‌ها و چه در اقسام وام‌های تجاری) به انحای مختلف کنترل می‌کند. در برخی نظام‌های اقتصادی این نرخ با توجه به نرخ تورم و سایر شاخص‌های بازار مالی و ارتباط آن با بازار واقعی به‌صورت دستوری از سوی بانک مرکزی اعلام می‌شود و برخی

نظام‌های اقتصادی به شیوه‌های دیگری نرخ سود خدمات گوناگون بانکی را مورد نظارت قرار می‌دهند. از این رو به نظر می‌رسد چنانچه هدف قاعده حرمت ربا را جلوگیری از ظلم و بی‌عدالتی بدانیم، این مهم نیز در نظم عمومی بازارهای مالی از طریق نهاد ناظر، امروزه کنترل می‌شوند. شاید در یک اقتصاد بازار آزاد به طور مطلق، که برخی معتقدند نظام اسلامی نیز بر آن ابنا دارد و دخالت حکومت در اقتصاد و سوق و بازار در حداقل است، به دلیل نبود نهادهای کنترلی، نگرانی شیاع بی‌عدالتی ناشی از عملکرد بانکها، قاعده حرمت ربا را اقتضا کند. لیکن در شکل فعلی اقتصاد اغلب کشورهای جهان که نهاد ناظر بازارهای مالی انواع و اقسام کنترل‌ها را اعمال می‌کند، با پارادایم جدیدی از روابط قراردادی مواجهیم که قابل مقایسه با نمونه‌های سنتی پیشین نیستند و ضرورت توجه فقهی صاحب‌نظران بر این تحولات به خوبی نمایان است. از این رو شخص حقیقی غیرتاجر در روابط شخصی چنانچه قرضی به دیگری دهد، نظارتی بر میزان سود مورد مطالبه او از قرض‌گیرنده نیست، از این رو قاعده حرمت ربا در اینجا عدالت تصحیحی و توزیعی را برقرار می‌سازد. لیکن در مورد بانکها با توجه به نظارت بانک مرکزی و مقررات متعدد آن، امکان اعمال سود و بهره ناعادلانه وجود ندارد و بی‌عدالتی توسط نهاد حاکمیتی بانک مرکزی کنترل می‌شود. به همین دلیل است که برخی صاحب‌نظران، قراردادهای بانکی را از سنخ «قراردادهای عمومی» دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۸۷).

#### ۴.۳. «قدرت چانه‌زنی قراردادی» متفاوت بانک و مشتری به عنوان طرفین قرارداد

عامل دیگری که از میان نظرهای جایگزین نظریه شروط سبب می‌شود تا نظریه عقود معین (نظریه عمومی قراردادهای مالی) طرح شود، نابرابری فاحش در قدرت چانه‌زنی قراردادی<sup>۱</sup> در طرفین قراردادهای بانکی است؛ در حالی که در روابط تجار، اگرچه ممکن است درصدی از نابرابری محتمل باشد، اما به اندازه بازار مالی پررنگ به نظر نمی‌رسد. به همین دلیل مدتی است در بازار بانکی نیز مقررات حمایت‌کننده از حقوق مصرف‌کننده، تحت عنوان «مصرف‌کننده اعتبار» مطرح شده است (باقری و رحمانی، ۱۳۹۶: ۹۰). ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار نیز در همین زمینه مقرره‌ای وضع کرده و به موجب آن برای برطرف کردن شروط ناعادلانه بانکها، بخشنامه‌های قراردادهای نمونه از سوی بانک مرکزی از سال ۱۳۹۴ تدوین شده است.

#### ۴.۴. تجربه جعل عقود معین جدید توسط پارلمان

همان‌طور که قانونگذار با تصویب قانون کار از عقد معین اجاره اشخاص عدول کرد و با توجه به نظم عمومی و نابرابری طرفین در رابطه کارگری و کارفرمایی، به تدوین قواعد آمره‌ای در

چارچوب قرارداد کار همت گمارد، یا همان طور که در قانون بیمه<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۱۶، قرارداد بیمه را به عنوان یک قرارداد جدید پذیرفت و احکام امری و تکمیلی آن را تشریح کرد، در حوزه قراردادهای بانکی نیز این سیاست کارآمدتر و منطبق با اصول حقوقی به نظر می‌رسد. این دیدگاه سوم در برابر نظریه شروط در زمان تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا (یزدی، ۱۳۶۲: ۴۸۲) و پس از آن نیز به انحای مختلف مطرح شده است (مهدوی کنی، ۱۳۹۴: ۸۴).

#### ۴.۵. توجه به تغییر پارادایم قراردادهای مالی در بازار پول

در مبانی توجیهی این نظر می‌توان به تازگی نهاد شرکت و بانک و تاجر بودن آن استناد کرد، از این رو همان طور که قانون تجارت ضمن وام گرفتن از نیابت عام مستتر در عقد وکالت، در باب دلالتی و حق العمل کاری و قرارداد حمل و نقل و قائم مقامی تجاری، روابط قراردادی خاصی را با قواعد امره متفاوت از وکالت وضع کرد، در بانکداری به عنوان یک فعالیت تجاری نیز نمی‌توان مبانی فقه عبادات را جاری ساخت. از این رو به نظر می‌رسد اینکه قراردادهای مالی در بازار پولی و بانکی را در دسته بندی قراردادهای مالی گذاشته و آنها را از قراردادهایی که اغلب برای روابط شخصی اشخاص حقیقی و غیرتاجر طرح ریزی شده‌اند، تمایز دهیم، نخستین گام در پذیرش پارادایم شیفت بازار مالی مدرن است. به همین دلیل هابرماس اظهار می‌کند قراردادهای سده اخیر به ویژه در برخی بازارها، دیگر صرفاً عرصه روابط خصوصی افراد نیست و دولت‌ها به انحای مختلف در رابطه قراردادی افراد ورود کرده و حوزه عمومی و خصوصی حقوق در این قراردادها درهم تنیده شده که حاکی از پارادایم جدید در حقوق قراردادهاست (Habermas, 1998: 329-427). دیدگاه «اختلاط حقوق عمومی و خصوصی» در برخی عرصه‌های تجارت مورد تأیید و تأکید برخی از علمای حقوقی ایران نیز واقع شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۸۷).

#### ۴.۶. وضع قواعد امری ویژه عقود معین بانکی

در نظریه عمومی قراردادهای مالی بازار پول، قانونگذار باید با توجه به نظم عمومی بازار مالی و اقتضائات خاص بازار پولی و بانکی کشور قواعد امری خاصی را بر قراردادهای بانکی حاکم کرده و همچنین احکام تکمیلی خاصی را نیز وضع کند تا در مواقع سکوت طرفین قرارداد و عدم پیش‌بینی برخی مسائل در قرارداد بانک، مشتریان حقوق و تعهدات خود را بشناسند و محاکم نیز بر مبنای مواد قانونی خاص حاکم بر قراردادهای بانکی حکم دهند. در نظریه عمومی قراردادهای مالی در بازار پول با توجه به اینکه قراردادهای بانکی از سنخ قراردادهای

۱. بیمه به عنوان یکی از سه بازار اصلی در بازارهای مالی.

الحاقی‌اند، وضع قواعد امری ضروری است تا طرف قوی قرارداد یعنی بانک‌ها حقوق سپرده‌گذاران و مصرف‌کنندگان اعتبار را تضییع نکنند (کانونیان، ۱۳۷۴: ۱۶۰-۱۵۹).

#### ۴.۷. تفاوت در نیابت مستتر در قراردادهای بانکی

در تمامی عقود معین وکالت، مضاربه، مزارعه، مساقات، جعاله و امثال آن که در قانون عملیات بانکی بدون ربا به آنها اشاره شده، نوعی نیابت مستتر است. لیکن وجود این نیابت سبب نمی‌شود که بتوان این عقود را به واسطه‌گری و نیابتی که بانک از مشتریان خود دارد، تمثیل داد و این نیابت کلی حاکم بر اعمال بانک را با نیابت مستتر در این عقود، یکی انگاشت. همان‌گونه‌که با وجود نیابت در تمامی عقود معین مضاربه، ودیعه، وکالت، جعاله و مانند آن قانونگذار و شارع هریک را عقد معین مجزایی دانسته و برای مثال مزارعه را غیر از مساقات و مضاربه را غیر از وکالت دانسته است و مقتضای ذات آنها را با وجود اشتراک در نیابت، متفاوت از یکدیگر دانسته است.

همان‌طورکه با وجود تعهد به نگهداری در عقود ودیعه، عاریه و اجاره به‌دلیل سایر تعهدات متفاوتی که در هریک از این عقود وجود دارد، قانونگذار و شارع این قراردادها را از یکدیگر متمایز دانسته است، به‌نظر می‌رسد در قراردادهای بانکی نیز با وجود اشتراکاتی میان این قراردادها و عقود معین مذکور در قانون عملیات بانکی بدون ربا، به‌دلیل سایر تفاوت‌ها، قراردادهای بانکی را باید ماهیتی مجزا و عقودی با مقتضای ذات متمایز دانست. برای مثال اگرچه در سپرده‌گذاری بانکی نیابت مستتر است، لیکن وکالت نیست، اگرچه در سپرده‌گذاری بانکی نگهداری از وجوه نیز یکی از اغراض یک طرف معامله است، لیکن هیچ نظام حقوقی آن را ودیعه نمی‌داند، چراکه در کنار نیابت و نگهداری، اغراض و اهداف دیگری را نیز این نهاد در نظر دارد. مثال دیگر در خصوص عقد مضاربه است، وصف زارع بودن یک طرف قرارداد یا تاجر بودن یک طرف قرارداد یکی را مزارعه و دیگری را مضاربه می‌کند، پس چطور وصف بانک بودن یک طرف قرارداد به‌عنوان یک شرکت سهامی عام تاجر که «واسط» بازار پول اعتباری است، نمی‌تواند این عقد را متمایز از عقود دیگر کند. همان‌طورکه در ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱ آمده است، بانک‌ها از خرید و فروش اموال غیرمنقول و بنگاه‌داری ممنوع هستند، درحالی‌که در عقد مزارعه و مساقات یک طرف باید مالک زمین باشد و یک طرف زارع، بانک نه می‌تواند مالک زمین باشد و نه می‌تواند زراعت کند، بانک صرفاً واسطه وجوه است و در عملیات موضوع این عقود نمی‌تواند و نباید مداخله‌ای کند، از این‌رو این عقود با مقتضای ذات فعالیت بانکداری یعنی واسطه‌گری در تغایر است و بانک را وارد اعمال

و عملیاتی می‌کند که نیازمند نیروهای متخصص متعددی جهت نظارت بر موضوع قرارداد است که عملاً ناممکن است.

#### ۴.۸. تفاوت پول دارای ارزش ذاتی (مسکوکات) با پول اعتباری

به نظر می‌رسد مفهوم بازار پول، از اقتصاد مالی در برابر اقتصاد واقعی می‌آید و این مفهوم در زمان وضع قواعد عقود معین مطرح نبوده است. از طرفی پول در آن دوران جنبه کاغذی و اعتباری نداشته و به صورت مسکوکات دارای ارزش ذاتی بوده است. از این رو موضوع قراردادهای بانکی در حال حاضر اساساً متفاوت با موضوع عقود است که تلاش می‌شود با نظریه شروط آنها را تعدیل کرد و به عقود بانکی نیز سرایت داد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۳۱-۶۱۷؛ توتونچیان، ۱۳۷۹: ۷۹-۱۸؛ سعیدی، ۱۳۸۵: ۱۷۹؛ یوسفی، ۱۳۸۱: ۵۹؛ طاهری، ۱۳۸۰: ۸۳؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴: ۵۲؛ افتخار جهرمی و حسینی پویا، ۱۳۹۴: ۱؛ یوسفی، ۱۳۷۷: ۱۰۸؛ عبدی پور، ۱۳۸۹: ۵۳؛ احمدوند، ۱۳۸۲: ۷۴).

#### ۴.۹. تمایز بانکداری شرکتی به عنوان یک فعالیت تجاری از اشخاص حقیقی

##### قرض‌دهنده

بانک‌ها با نهادهای واسطی که در گذشته خدمات پولی ارائه می‌کردند، بسیار متفاوت‌اند. در گذشته یک یا چند شخص حقیقی در بازار هر شهر، مسکوکات را به افراد نیازمند قرض می‌دادند و بعضاً بهره نیز دریافت می‌کردند. این رویه به خصوص در قرون وسطا در میان یهودیان ساکن شهرهای اروپایی رواج داشت و از سوی کلیسا نیز نهی می‌شد. در زمان جاهلیت در میان اعراب نیز این روند رایج بود که اسلام به موجب آیه حرمت ربا آن را امضا نکرد. لیکن به نظر می‌رسد در نظام بانکداری نوین بانک تفاوت‌های متعددی با اشخاص حقیقی مذکور دارد: اولاً بانک یک شخصیت حقوقی در قالب شرکت سهامی عام است؛ ثانیاً موضوع فعالیت بانک‌ها انجام خدمات متعدد تجاری است، به طوری که ماده ۲ قانون تجارت ایران نیز بانکداری را جزو اعمال ذاتاً تجاری می‌داند. از این رو واسطه‌گری این نهاد با قرض اشخاص حقیقی در گذشته تفاوت‌های عمده‌ای دارد؛ نخست آنکه همان‌طور که اشاره شد، بانک‌ها پولی را موضوع فعالیت خود قرار می‌دهند که فی‌نفسه هیچ ارزش ذاتی ندارد و صرفاً پشتوانه آن بانک مرکزی است؛ از این رو مفهوم پول اعتباری و فاقد ارزش ذاتی، مفهوم نوینی از تورم را مطرح می‌کند که با تورم مطرح در نظام‌های سنتی گذشته متفاوت است. ارزش پول در زمان در این معنا و در اقتصاد مالی که در مقابل اقتصاد واقعی و به موازات آن در جوامع مدرن مطرح است، مفهوم نوینی از سود را مطرح می‌کند که با بهره‌ای که اشخاص حقیقی در گذشته مطالبه می‌کردند، تفاوت‌های بنیادینی دارد (موسویان و قراملکی، ۱۳۹۲: ۷۱).



#### ۴.۱۰. بانک‌ها سبب کاهش هزینه معاملات می‌شوند

امروزه این امر در علم حقوق و اقتصاد به اثبات رسیده است که بانک‌ها به‌عنوان نهاد واسط در ارائه خدمات مالی، هزینه معاملات را به‌شدت کاهش داده (نادران و شریف‌زاده، ۱۳۸۹: ۵-۶) و کارایی بازار را ارتقا می‌دهند. فعالیت بانک‌ها در تحلیل اقتصادی حقوق نیز قابل قیاس با نهادهایی نیست که خود افزایش‌دهنده هزینه‌های معاملاتی هستند. به‌نظر می‌رسد چنانچه سیر تاریخی تشکیل بانک‌ها در قالب شرکت‌های سهامی عام را در تحقیقی مجزا مورد موشکافی قرار دهیم و ابعاد اقتصادی و حقوقی آن بررسی شود، درخواهیم دریافت که بانک‌ها موجب جمع‌آوری و برچیده شدن بازارهای مکاره شده‌اند و قالب سهامی عام، خود نمایانگر مشارکت افراد جامعه در تأسیس یک نهاد ارائه‌دهنده خدمات مالی بوده که توسط حکومت نیز مورد نظارت مداوم است. اساساً جمعیت شهرها در جوامع صنعتی شکل نوینی از روابط را به‌وجود می‌آورد که عرضه‌کنندگان و تقاضاکنندگان سرمایه دیگر نمی‌توانند در پارادایم سنتی معاملات تأمین مالی انجام دهند.

#### ۵. نتیجه‌گیری

از جمع‌بندی مطالب مطروحه می‌توان دریافت که در خصوص فعالیت بانک‌ها با مشتریان خود در قالب قراردادهای گوناگون و ارائه خدمات گوناگون امروزی، از منظر فقهی و حقوق خصوصی سه رویکرد نسبت به این معاملات نظام بانکی در ایران، قابل تحلیل به‌نظر می‌رسد؛ نخست آنکه معاملات بانکی از جمله انواع سپرده‌ها، انواع وام‌ها، اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی را صرف‌نظر از تقسیم‌بندی اقتصادی آنها (تجهیز منابع، تخصیص منابع و خدمات بانکی)، بر مبنای «عقود معین مندرج در قانون مدنی» که منبعث از پیشینه فقهی است، تحلیل کنیم. در این رویکرد به‌دلیل تفاوت‌های فاحش فعالیت‌های بانکی با عقود معین باید بسیاری از روابط قراردادی، از طریق شروط ضمن عقد تنظیم شود؛ این رویکرد در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ اعمال شده و در دهه‌های اخیر به‌دلیل انتقاداتی که بر آن وارد بوده، از جمله ایراد حقوقی صوری بودن و عدم تطابق اراده ظاهری طرفین با اراده باطنی و قصد واقعی آنها، در حال بازنگری است.

رویکرد دوم با تکیه بر اصل آزادی قراردادها مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت در فقه، قراردادهای بانکی را، روابط معاملاتی جدیدی می‌داند که تابع اراده واقعی طرفین بوده و مانند بسیاری از قراردادهای صنعتی پیچیده که در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مورد پذیرش نظام حقوقی و رویه قضایی قرار گرفته، پیشنهاد شده است که قراردادهای بانکی نیز به‌صورت عقود بی‌نام مدیریت شوند. لیکن این دیدگاه در پاسخ به ایراد ربوی بودن قراردادهای بانکی

چندان توجیهات قانع‌کننده‌ای ارائه نمی‌دهد. از سوی دیگر، این رویکرد با نظم عمومی اقتصادی در بازارهای مالی و وضعیت خاص نابرابری قدرت چانه‌زنی اقتصادی طرفین قرارداد در روابط بانکی سازگار نیست.

رویکرد سوم در پی اثبات حکومت یک پارادایم جدید بر روابط مالی افراد، پس از شکل‌گیری نهاد شرکتی بانک، به‌عنوان یک تاجر و فعالیت بانکی به‌عنوان یک فعالیت تجاری است (ماده ۲ قانون تجارت). در این رویکرد تلاش می‌شود با ایجاد عقود معین جدید برای این وضعیت تازه، مشکلات قواعد آمره این بازار و نظم عمومی مرتفع شود؛ یعنی ضمن قبول قاعده منع ربا به‌عنوان قاعده‌ای که تلاش می‌کند تا ظلم و بی‌عدالتی ناشی از ربا را نهي کند، سعی بر این است تا از یک سو قانونگذار در قالب عدالت تصحیحی، نظام قراردادی نوینی با قواعد امری و تکمیلی خاص برای قراردادهای بانکی تدوین کند، به‌طوری‌که به قصد واقعی طرفین نزدیک‌تر بوده و از طرف ضعیف قراردادها حمایت‌های لازم شود و از سوی دیگر در راستای عدالت توزیعی، بانک مرکزی به‌عنوان نهاد ناظر از سوی حکومت اسلامی با وضع مقررات مختلف این فعالیت تجاری را سامان دهد. در این دیدگاه با استفاده از تجربه قانونگذاری در قانون کار که قرارداد کار را از اجاره اشخاص مندرج در قانون مدنی تمایز داد، قراردادهای بانکی به‌عنوان فعالیت تجاری که از سوی بانک‌ها به‌عنوان تجاری که دارای مجوز خاص از بانک مرکزی هستند، از قراردادهایی که اشخاص حقیقی و غیرتاجر در روابط شخصی خود منعقد می‌کنند، تمایز داده شده و قواعد آمره متفاوتی برای برقراری عدالت و حفظ نظم عمومی اقتصادی بازارهای مالی و حمایت از مصرف‌کنندگان اعتبار تدوین می‌شود.

## منابع

### الف) فارسی

۱. ابراهیمی، مریم؛ باقری، محمود (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی منع ربا در حقوق کشورهای اسلامی و کشورهای اروپایی»، مجله دانش حقوق مدنی، ش ۲، صص ۱۰۹-۱۱۲
۲. احمدوند، معروف‌علی (۱۳۸۲). «مروری بر ماهیت‌شناسی پول و دیدگاه فقیهان»، کاوشی نو در فقه، ش ۳۶، تابستان، ص ۷۴
۳. اخلاقی، بهروز (۱۳۷۲). «بحثی پیرامون ماهیت حقوقی قراردادهای حمل‌ونقل از دیدگاه حقوق مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۹، شماره پیاپی ۱۱۵۹، صص ۴-۳۸
۴. افتخار جهرمی، گودرز؛ حسینی پویا، سید محسن (۱۳۹۴). «تحلیل و نقد اقوال فقهی پیرامون خسارات کاهش ارزش پول پس از تأخیر تأدیه»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۱، پاییز، ص ۱
۵. بادینی، حسن (۱۳۸۲). «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق، حسن بادینی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، صص ۹۷-۱۲۱
۶. باغستانی، مسعودی، میدی، اشرف‌السادات؛ صمدی بروجنی، رضا (۱۳۹۴). «لزوم دخالت دولت در مقررات گذاری و نظارت بر بازارهای مالی»، مجله اقتصادی، ش ۷ و ۸، صص ۵۴-۵۷

۷. بنی طباطبائی، سید مهدی (۱۳۹۴). آسیب‌شناسی نظام بانکی، ساماندهی تجهیز و تخصیص منابع قرض‌الحسنه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی، مرکز پژوهش‌های مجلس، شماره مسلسل ۱۴۴۵۵. ص ۲۱
۸. توتونچیان، ایرج (۱۳۷۹). پول، بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه‌داری، انتشارات مؤسسه فرهنگی-هنری توانگران. صص ۱۸-۷۹
۹. رجایی، محمد (۱۳۸۰). «مقایسه اجمالی تجهیز و تخصیص منابع پولی در دو نظام بانکی ربوی و غیرربوی در ایران»، مجله معرفت، ش ۴۱، اردیبهشت ۱۳۸۰، صص ۱۹-۳۲
۱۰. رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۶). «تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبارات اسنادی در حقوق ایران»، اندیشه‌های حقوقی، سال پنجم، ش ۱۲، ص ۸۳
۱۱. زیباکلام، سعید (۱۳۸۴). معرفت‌شناسی اجتماعی: طرح و نقد مکتب ادینبور، تهران: سمت. صص ۳۱-۴۳
۱۲. السان، مصطفی (۱۳۸۹). حقوق بانکی، تهران: سمت. ص ۵۰
۱۳. سعیدی، سید محسن (۱۳۸۵). «نظریه جبران کاهش ارزش پول»، فقه اهل‌بیت، ش ۴۵. صص ۶۱۷-۶۳۱
۱۴. سلطانی، محمد (۱۳۹۳). حقوق بانکی، ج دوم، تهران: میزان. ص ۵۰
۱۵. سهرابیان پاریزی، محمد (۱۳۸۶). بررسی برانث و اشتغال از دیدگاه محقق خراسانی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم. صص ۵۰-۶۷
۱۶. صادقی، محسن؛ گودرزی، حبیب (۱۳۸۷). «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۲. صص ۴-۳۸
۱۷. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۸۰). «ضمان کاهش ارزش پول از دیدگاه فقه و حقوق»، مجتمع آموزش عالی قم، ش ۱۱، زمستان. ص ۸۳
۱۸. عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸۹). «تحلیل حقوقی ماهیت پول الکترونیکی»، حقوق خصوصی، ش ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۹. ص ۵۳
۱۹. عراقی، عزت‌الله (۱۳۹۳). حقوق کار، ج ۱، چ پانزدهم تهران: سمت. صص ۱۶۶-۱۶۹
۲۰. فریور، زهرا (۱۳۹۳). «نقدی بر نظریه وکالت در سپرده‌گذاری بلندمدت بانکی»، مجله حقوق بانکی، ش ۷. ص ۸۰
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار. صص ۹۴-۱۴۴-۱۴۵
۲۲. ----- (۱۳۷۸). حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی - بیع - معاوضه - اجاره - قرض (عقود معین، ج ۱)، چ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار. صص ۲۲۰-۲۲۱
۲۳. ----- (۱۳۸۷). عقود معین، ج ۱، چ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار. ص ۶۲۳
۲۴. ----- (۱۳۸۴). ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی، شانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری ایران. ص ۹۶
۲۵. ----- (۱۳۷۴). مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹۶ (۱۳۹۳). ص ۱۶۰
۲۶. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی. صص ۱۴۹-۱۷۸
۲۷. ----- (۱۳۷۸). «قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات»، پژوهش‌های فلسفی کلامی، ش ۱، ص ۳
۲۸. مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۹۴). اظهارنظر کارشناسی درباره «طرح عملیات بانکی بدون ربا».
۲۹. کلیات طرح از دیدگاه صاحب‌نظران، دوره نهم، سال سوم، کد موضوعی ۲۲۰، شماره مسلسل ۱۴۴۴۵.
۳۰. مسعودی، علیرضا (۱۳۹۰). حقوق بانکی، چ پنجم، تهران: پیشبرد. صص ۱۵۶-۱۶۶
۳۱. ----- (۱۳۸۲). «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۴.
۳۲. مطهری، مرتضی (۱۳۹۳). مسئله ربا به ضمیمه بیمه، چ بیست‌وسوم، تهران: صدرا. ص ۱۴۷
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۹). بررسی طرق فرار از ربا، چ سوم، انتشارات امام علی بن ابی‌طالب (ع).

۳۴. ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۲)، «بررسی فقهی اقتصادی و نائق بانکی در بانکداری اسلامی»، *مجله ماه نوین*، ش ۵۴، صص ۲۵-۳۵
۳۵. موسویان سید عباس؛ میسمی، حسین (۱۳۹۰). *حیل مجاز ربا*، گزارش دومین جلسه از سلسله نشست‌های نقد پژوهش‌های بانکداری و مالیه اسلامی، پژوهشکده پولی بانکی بانک مرکزی. ص ۴۵
۳۶. ----- (۱۳۹۳). «نقد و بررسی دیدگاه‌های جدید پیرامون ربا و بهره بانکی»، *مجله تحقیقات مالی اسلامی*، سال سوم ش دوم (پیاپی ۶). ص ۷
۳۷. ----- (۱۳۹۳). *بانکداری اسلامی ۱ مبانی نظری - تجارب عملی*، تهران: انتشارات پژوهشکده پول و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ویرایش سوم. ص ۷۱
۳۸. موسویان، سید عباس؛ بهاری قراملکی، حسن (۱۳۹۲). «مبانی فقهی بازارهای پول و سرمایه و کاربردهای آن»، معرفت اقتصاد اسلامی، سال پنجم، ش اول، پیاپی ۹. ص ۷۱
۳۹. موسویان، سید عباس (۱۳۸۶). «نقد و بررسی قانون عملیات بانکی بدون ربا و پیشنهاد قانون جایگزین»، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال هفتم، ش ۲۵. ص ۴۲
۴۰. ----- (۱۳۸۴). «ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، *اقتصاد اسلامی*، سال پنجم. ص ۵۱
۴۱. ----- (۱۳۸۳). «ارزیابی سپرده‌های بانکی و پیشنهاد سپرده‌های جدید»، *مجله اقتصاد اسلامی*، سال چهارم. ص ۲۹
۴۲. ----- (۱۳۸۶). «مبانی فقهی قانون عملیات بانکی بدون ربا»، *مجله فقه و حقوق*، سال چهارم ش ۱۴، پاییز ۴۲ ص
۴۳. ----- (۱۳۹۲). *معاملات بانکی از منظر مراجع تقلید*، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ویرایش دوم. ص ۷۱
۴۴. ----- (۱۳۸۴). «ربا در فرض‌های تولیدی و تجاری»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۱۸. ص ۴۹
۴۵. اکبر میرزائزاد جویباری (۱۳۸۸). «تأملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادهای در حقوق موضوعه ایران»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۱. ص ۳۴۵
۴۶. نادران، الیاس؛ شریف‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۹). «ضرورت مطالعات میان‌رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام (قضیه کوز و هزینه‌های مبادله)»، *فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی*، دوره دوم، ش ۳. ص ۹۷
۴۷. نصیری اقدم، علی (۱۳۸۹). «روش‌شناسی رونالد کوز در اصلاح نظریه اقتصادی با تأکید بر «مسئله هزینه اجتماعی» و ماهیت بنگاه»، *فصلنامه علمی پژوهشی روش‌شناسی علوم انسانی*، سال شانزدهم، ش ۶۲. ص ۷۰
۴۸. نظریور، محمدنقی؛ ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۶). «بررسی کاربرد قاعده شرط در قراردادهای بانکی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۶۵. ص ۱۴۹
۴۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۴). «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، *فقه اهل‌بیت*، ش ۲. ص ۵۲
۵۰. هشتمین همایش بانکداری اسلامی، «منابع و مصارف در بانکداری اسلامی»، *تازه‌های اقتصاد*، مهر ۱۳۷۶، ش ۶۵.
۵۱. بزدی، محمد (۱۳۶۲). *مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی*، دوره ۱، جلسه ۴۸۲.
۵۲. یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۱). «بررسی فقهی نظریه‌های جبران کاهش ارزش پول»، *فقه اهل‌بیت*، ش ۳۱، پاییز ۵۹
۵۳. ----- (۱۳۷۷). «پول جدید از نگاه اندیشمندان»، *فقه اهل‌بیت*، ش ۱۶. ص ۱۰۸

## ب) خارجی

54. Barnihzer, Daniel D., (2006). *Power, Inequality and the bargain: the role of bargaining power in the law of contract*, symposium introduction, MICH. ST. L. Rev. p.230
55. Bratton W.W., (1989). *The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History*, Stanford L Rev 41 p.152
56. Davies, Paul Lyndon, (2010). *Introduction to Company Law*, OUP Oxford. P.60

57. Demsetz, H., (1983), *The Structure of Ownership and the Theory of the Firm*, J Law Econ 26 (2). P.377
58. Foss, N.J., Lando, H, Thomsen S., (2000). Cheltenham , *The Theory of the Firm.*, Encyclopedia of Law and Economics. Volume III. The Regulation of Contracts. Edward Elgar. P.631
59. Habermas, Jurgen, (1996) *Between Fact and Norms (Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts. Pp.329-407
60. Klein, William A. , Coffee, John C. , Partnoy, Frank, (2010) *Business Organization and Finance: Legal and Economic Principles*, Thomson Reuters Foundation Press, pp.32-60
61. Mahoney, P.G., (2000) 'Contract or Concession? An Essay on the History of Corporate Law', 34 Ga. Law Review ,p.873
62. Millon, David, (1990). "Theories of the corporation", *Duke law journal*, Vol. (20۰1), p.201
63. Vermeulen, E.P.M, (2003). *The evolution of legal business forms in Europe and United, venture capital, joint venture and partnership*, Kluwer Law International press, p 861
64. Balling, Morten, Lierman, Frank, Van den Spiegel Freddy, Ayadi, Rym & T. Llewellyn ,David, *New Paradigms in Banking, Financial Markets and Regulation*, , SUERF – The European Money and Finance Forum,Vienna, 2012, p 7
65. World Bank, *The Evolution of Financial Systems*, World Bank Group (US) 1989, available at: <https://openknowledge.worldbank.org>.