



دانشگاه علامه طباطبائی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق - گرایش حقوق اقتصادی

چالش های حقوقی - اقتصادی عقود اسلامی در اجرایی کردن نظام بانکداری اسلامی ایران

استاد راهنما:

آقای دکتر امین جعفری

استاد مشاور:

آقای دکتر عباس کاظمی

استاد داور:

آقای دکتر عباس طوسی

پژوهشگر:

زهرا سهرابی ابد

زمستان ۱۳۹۷

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

با یاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداوند است و همواره ناظر به اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری ما دانشجویان دانشکده های دانشگاه علامه طباطبائی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جوئی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت،
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق،
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش،
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش،
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار،
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق،
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی،
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد،
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جوئی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلاینند.

نام و نام خانوادگی: محمد رسول الله

تاریخ و امضاء:

۹۷، ۱۱، ۳



تعهدنامه ی اصالت پایان نامه / رساله

اینجانب ^{محمد علی} ~~محمد علی~~ دانش آموخته مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد / دکتری در رشته ~~فلسفه~~ ^{فلسفه} که در تاریخ ~~۱۳۹۷/۱۱/۳~~ ^{۱۳۹۷/۱۱/۳} از پایان نامه / رساله خود تحت عنوان ~~حقیقت‌گرایی در فلسفه اسلامی~~ ^{حقیقت‌گرایی در فلسفه اسلامی} با کسب نمره / درجه ~~۱۷~~ ^{۱۷} دفاع نموده ام، متعهد می شوم:

- ۱- این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و درموردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از مقاله، کتاب، پایان نامه و غیره) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوط ذکر و درج کرده ام.
- ۲- این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده از هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ازین دست موارد از این پایان نامه / رساله را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی دانشگاه علامه طباطبائی مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچ گونه ادعائی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: ^{محمد علی} ~~محمد علی~~

تاریخ و امضاء: ^{۱۳۹۷/۱۱/۳} ~~۱۳۹۷/۱۱/۳~~



دانشگاه علامه طباطبائی

صور تجلسه دفاع پایان نامه تحصیلی کارشناسی ارشد

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

با تأییدات خداوند متعال، جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد خانم زهرا سهرابی ابد دانشجوی دوره روزانه رشته حقوق اقتصادی به شماره دانشجویی ۹۵۱۲۳۳۱۳۱ تحت عنوان: چالش های حقوقی - اقتصادی عقود اسلامی در اجرایی کردن نظام بانکداری اسلامی مورخ ۹۷/۱۱/۳۰ با حضور هیات داوران برگزار شد و پس از بحث و بررسی پایان نامه مذکور با نمره نهایی به شرح زیر و درجه: عالی (۱۹-۲۰) ، بسیار خوب (۱۸-۱۸/۹۹) ، خوب (۱۶-۱۷/۹۹) ، قابل قبول (۱۴-۱۵/۹۹) ، غیر قابل قبول (کمتر از ۱۴) و مشروط به انجام اصلاحات اعلام می گردد:

الف) پذیرش یا انتشار مقاله در نشریات ISI، SCOPUS، علمی-پژوهشی و نشریات داخلی دانشگاه تا ۱ نمره ب) پذیرش یا انتشار مقاله در سایر نشریات نمایه شده معتبر، حداکثر یک مقاله تا ۰/۵ نمره ج) پذیرش یا انتشار مقاله در نشریات علمی-ترویجی، حداکثر یک مقاله تا ۰/۵ نمره د) پذیرش یا انتشار مقاله در مجموعه مقالات همایش های علمی ملی و بین المللی: ۰/۲۵ نمره و حداکثر تا دو مقاله ۰/۵ نمره مقاله(مقالات) ارائه شده از گروه الف <input type="checkbox"/> ب <input type="checkbox"/> ج <input type="checkbox"/> د می باشد. مهر و امضاء معاونت پژوهشی/آموزشی دانشکده.....	نمره مقاله از
---	----------------------

توجه: دانشجویی می تواند فقط در سنوات مجاز تحصیلی (۴نیمسال) و حداکثر در نیمسال پنجم و حداکثر تا روز دفاع از امتیاز مقاله استفاده نماید و پس از روز دفاع به هیچ وجه مقاله پذیرفته نخواهد شد.

نمره مقاله:	به عدد: <u>۱۷</u>	
نمره پایان نامه از ۱۹:	به حروف: <u>هفده نهم</u>	نمره نهایی

اعضاء هیئت داوران:

سمت	نام و نام خانوادگی	امضاء
استاد راهنما	جناب آقای دکتر امین جعفری	
استاد مشاور	جناب آقای دکتر عباس کاظمی نجف آبادی	
استاد داور	جناب آقای دکتر عباس طوسی	
نماینده تحصیلات تکمیلی		

ثنای الهی و تشکر:

حمد و سپاس خدوندی را سزااست که بدایت و نهایت، رتق و فتق و عسر و یسر همه امور به اراده نافذ و قدرت جامع اوست؛ همو که با اعطای عقل و اختیار، انسان را از بهائم و ملائک متمایز و با تسخیر عالم، مجال اغتنام از نعمات خویش به ویژه نعمت تفکر، تعقل را برای انسان فراهم نمود.

به رسم ادب و به حکم «مَنْ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ» بر خود لازم می دانم که از جناب آقای دکتر جعفری به جهت راهنمایی فراوان، دقت و تشویق ایشان در نگارش پایان نامه و از جناب آقای دکتر کاظمی نجف آبادی، به جهت مساعدت، تواضع و حسن خلق ایشان، تشکر و سپاس گزاری نمایم. بدون شک تدوین پژوهش پیش رو بدون بهره گیری از نظرات، رهنمودها و مشاورت با استادان ارجمند میسر نبود. همچنین از جناب دکتر طوسی به جهت پذیرش داوری و ارائه نظرات نافع و موثر ایشان، سپاس گزاری و تشکر می نمایم.

چکیده

نظام بانکداری یک پدیده مدرن است. این پدیده پس از انقلاب به صورت بانکداری اسلامی اجرا می شود که نظام عقود معین که از سال های گذشته شکل گرفته است، پاسخگوی این نظام نوین نمی باشد؛ این در حالی است که در بانکداری اسلامی، ویژگی اسلامی بودن نظام بانکداری همواره با بهره گیری آن از عقود معین، مترادف پنداشته شده است، به طوری که در قوانین بانکی و از دیدگاه بسیاری از صاحب نظران سعی شده است در حوزه ی تجهیز منابع، ماهیت قرارداد سپرده گذاری در قالب عقود معینی همچون ودیعه، عاریه، مضاربه، قرض و وکالت بیان شود؛ در حوزه تخصیص منابع بانکی نیز عقود معین متنوعی مورد استفاده قرار می گیرد که هر کدام از این عقود معین، علاوه بر دارا بودن چالش های حقوقی، نظام بانکداری را از بعد اقتصادی نیز با چالش روبه رو می سازند. اگرچه که چالش و مشکلات مذکور، صاحب نظران و کارشناسان را به این امر واداشته است که به طراحی عقود دیگری اقدام کنند لکن اصلاحات و اقدامات ایشان همچون طراحی قراردادهای اجاره به شرط تملیک و فروش اقساطی حول محور همان عقود معین بیع و اجاره ای می گردد که مشکلات باسابقه ی خود را در نظام بانکی به همراه دارد. در این پژوهش سعی شده است با بررسی هر یک از عقود معین که برای حوزه تجهیز ادعا می شود و در تخصیص منابع به کار می رود، چالش های حقوقی و اقتصادی آن بر شمرده شود. نهایتاً باید گفت قرارداد سپرده گذاری و همچنین قراردادهای تخصیص منابع، یک یا چند قرارداد مستقل و نامعین و مشروع اند که تابع مقررات عمومی و ماده ۱۰ قانون مدنی می باشند. این پژوهش در دو بخش کلی چالش های استفاده از عقود معین و مشکلات عقود بانکی به ظاهر نامعین بررسی می شود که این عقود معین هم در حوزه تجهیز و هم در حوزه تخصیص منابع، مورد بررسی قرار می گیرند.

کلیدواژه ها: عقود معین بانکداری اسلامی، تجهیز منابع، تخصیص منابع، ماده ده قانون مدنی، چالش

حقوقی و اقتصادی

فهرست اجمالی مطالب

مقدمه.....	۱
بخش اول - چالش های استفاده از عقود معین در نظام بانکداری ایران.....	۱۱
فصل اول - چالش دیدگاه های بهره گیری از عقود معین در حوزه تجهیز منابع.....	۱۱
مبحث اول - قرارداد سپرده گذاری در قالب عقد ودیعه.....	۱۲
مبحث دوم - قرارداد سپرده گذاری در قالب عقد عاریه.....	۱۹
مبحث سوم - قرارداد سپرده گذاری در قالب عقد مضاربه.....	۲۱
مبحث چهارم - قرارداد سپرده گذاری در قالب عقد قرض.....	۲۸
مبحث پنجم - قرارداد سپرده گذاری در قالب عقد وکالت.....	۳۷
فصل دوم - در حوزه تخصیص منابع.....	۴۵
مبحث اول - عقود مشارکتی.....	۴۵
مبحث دوم - عقود مبادله ای.....	۷۸
مبحث سوم - قرض الحسنه.....	۹۰
بخش دوم - چالش عقود نامعین در نظام بانکی ایران.....	۹۹
فصل مقدماتی - عقود نامعین در نظام بانکی.....	۹۹
فصل اول - چالش ترکیب قرارداد فروش اقساطی.....	۱۰۶
مبحث اول - شبهه ربوی بودن قرارداد فروش اقساطی.....	۱۰۶

مبحث دوم- شبهه غرری بودن قرارداد فروش اقساطی.....	۱۰۷
مبحث سوم- فاکتور سازی در عقد فروش اقساطی.....	۱۰۹
مبحث چهارم- وارد نشدن عقد فروش اقساطی در بازار حقیقی.....	۱۱۰
فصل دوم - چالش ترکیب قرارداد اجاره به شرط تملیک.....	۱۱۱
مبحث اول- وجوه افتراق قرارداد اجاره به شرط تملیک و اجاره در معنای اصلی.....	۱۱۱
مبحث دوم- وجوه افتراق قرارداد اجاره به شرط تملیک و بیع در معنای اصلی.....	۱۱۳
مبحث سوم- صوری شدن قرارداد فروش اقساطی ناشی از اختلاف نظر در ماهیت.....	۱۱۴
نتیجه گیری.....	۱۱۸
کتاب شناسی.....	۱۲۲
فهرست تفصیلی مطالب.....	۱۳۴

نخست - عقود اسلامی و اجرای آن ها

در راستای توسعه تفکر و اندیشه های اسلامی، این حوزه همواره نیازمند تحقیق، پژوهش و تلاش های مستمر اندیشمندان و متفکران مستعد خویش است تا علاوه بر فهم حقایق ناب متون دینی، کارگشای مشکلات جدی پیش روی جامعه مدرن اسلامی نیز باشد. از جمله مسائل چالش برانگیز و با اهمیت کنونی، بازار مالی و چالش هایی است که در این میان، گریبان گیر جوامع اسلامی است.

بانک ها به عنوان جزئی از بازار مذکور، از نقش تاثیر گذار و مهمی برخوردار بوده به طوری که چندان دور از واقعیت نیست چنانچه سیستم بانکی را به منزله قلب انسان در بدنه اقتصاد کشور تشبیه کرده که با پمپاژ خون در رگ های اقتصاد، ادامه حیات را برای آن ممکن می سازد. لذا اهمیت سیستم بانکی تا حدی به نظر می رسد که اکنون، بدون یک نظام بانکی منسجم و کارا، تصور یک اقتصاد پویا، امکان پذیر نمی باشد. در این راستا، شناسایی چالش های نظام بانکداری و یافتن راه حل برای برون رفت از آن ها، رسالتی مهم و ضروری می نماید.

در خصوص عملیات بانکی در سیستم بانکداری اسلامی، می توان عملیات کلی تجهیز منابع و تخصیص را متذکر شد. با این توضیح که بانک ها عمدتاً از طریق پذیرش سپرده های مشتریان، به تجهیز منابع اقدام می نمایند. اگرچه امروز، سپرده های بانکی گونه های فراوانی یافته لکن در یک تقسیم بندی کلی، قابل تقسیم به سه دسته کلی است:

سپرده های دیداری یا جاری، به دسته ای از سپرده ها اطلاق می گردد که بانک متعهد شده تا در صورت مطالبه صاحب وجه، سپرده مذکور را باز گرداند. همچنین به سپرده های مذکور سود تعلق نگرفته و نیازی نیز به مراجعه صاحب سپرده وجود نداشته بلکه با استفاده از چک، امکان برداشت وجه به دیگری منتقل می شود. بانک همچنین در قبال سپرده گذاری مشتریان به ارائه خدمات بانکی رایگان می پردازد.^۱

سپرده های پس انداز نیز به سپرده هایی اطلاق می گردد که بر طبق توافق بین مشتری و بانک، در اختیار بانک قرار داده شده و هنگام درخواست مشتری، به وی بازگردانده می شود. سپرده های مذکور برخلاف سپرده های جاری، قابل انتقال به ثالث نبوده و این امکان وجود ندارد که از دفترچه پس انداز به جای دسته چک استفاده کرده؛ چرا که استفاده از سپرده تنها توسط صاحب سپرده امکان پذیر است.

^۱ احمدی، محمد حسین و سید محمد، حسینی. راه های شرعی سپرده گذاری. ج دوم. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. قم. ۱۳۹۵. صص ۱۴۶-۱۴۷.

بانک‌ها نیز برای تشویق مشتریان به سپرده‌گذاری، بر حساب‌های مذکور، سود می‌پردازند.

سپرده‌های مدت‌دار یا ثابت نیز به وجوهی گفته می‌شود که موسسه یا شخص حقوقی با هدف کسب درآمد، در یک مدت زمان معین، به سپرده‌گذاری پرداخته، در مقابل بانک نیز متعهد به بازگرداندن اصل و بهره آن در سررسید معین می‌گردد.^۱

به طور کلی، سپرده‌گذاری فارغ از انواع آن، عمل حقوقی است که به قرارداد سپرده‌گذاری تعبیر می‌شود. تخصیص منابع در بانک‌ها نیز یکی دیگر از عملیات بانکداری اسلامی است که در قالب عقود تحقق یافته که این عقود اسلامی به طور کلی در نظام بانکی به چهار گروه تقسیم می‌گردند که عبارتند از:

عقود مبادله‌ای (جعاله، ضمان، سلف، خرید دین، اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی و استصناع)، عقود مشارکتی (مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه، مساقات، مضاربه)، گروه بعدی قرض الحسنه و گروه آخر سرمایه‌گذاری مستقیم است که از جهت آثار و نتایج مشابه عقود مشارکتی بوده و می‌تواند جزء این گروه قرار گیرد.^۲

پس از درک اهمیت سیستم بانکداری و عملیات آن و پیش از آشنایی با دیدگاه غالب در بانکداری اسلامی ایران، لازم است به روند تشکیل نظام بانکی اسلامی نیز اشاره شود؛ به طوری که از اواخر قرن بیستم، در رهگذر تئوری عقیم بودن پول که اساس تشکیل بانکداری اسلامی است، روند تشکیل بانک‌های منسجم اسلامی آغاز گردید و در دهه اول قرن بیست و یکم با رشد قابل توجه بانک‌های اسلامی در نظام‌های پولی کشورهای اسلامی و نیز غیراسلامی، توسعه‌ی دو چندان یافت و پس از بحران مالی سال ۲۰۰۸، به عنوان الگوی تبدیل بانکداری متعارف مورد بررسی قرار گرفت.

در این میان جایگاه جمهوری اسلامی ایران در پیشرفت بانکداری اسلامی از دو منظر قابل توجه می‌نماید؛ از منظر علمی، وجود صاحب‌نظرانی شیعی همانند شهید سیدمحمدباقر صدر در زمره بنیانگذاران بانکداری اسلامی و از منظر اجرایی، تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ بسیار زودتر از سایر کشورهای اسلامی هر فرد منصفی را به این نتیجه رهنمون می‌کند که کشور ایران از پیشروان توسعه بانکداری اسلامی بوده است. در واقع ایران نیز پس از انقلاب اسلامی و در راستای یکی از اهداف مهم آن

^۱ همان. ص ۱۴۷.

^۲ اکبرزاده، معین. مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آن‌ها در نظام بانکداری اسلامی. فصلنامه علمی-ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی. ش ۴ و ۵. ۱۳۹۲. ۱۶۴.

یعنی اسلامی بودن، قوانین و مقررات خود را مطابق با اصول اسلامی تدوین نموده و در حوزه بانکداری نیز برای تاسیس بانکداری اسلامی اهتمام ورزیده است.

لکن لازم به ذکر است که از همان آغاز، اسلامی پنداشتن نظام بانکی توسط مقننین با بهره مندی از عقود معین سنتی مترادف انگاشته شد، در حالی که طی زمان و در حین عملیات تجهیز و تخصیص منابع بانکی، موانع و مشکلات این نگاه و نگرش، هر روز بیش از پیش نمایان گردید.

به بیان دیگر اگرچه بانکداری اسلامی در ایران با توسعه چشمگیری روبه رو بوده است لکن نظام بانکی همچون هر پدیده دیگری، نیازمند جرح و بررسی مستمر توسط متفکران بوده زیرا که در غیر این صورت چالش‌های متفاوتی دامن گیر آن می‌شود.

یکی از این چالش‌ها، ناشی از ایده اسلامی پنداشتن عملیات بانکی در قالب عقود معین است، این درحالی است که با بهره برداری از قرآن و سیره اهل بیت و بزرگان دین این حقیقت آشکار می‌شود که اسلامی پنداشتن یک نظام با حفظ قالب و شکل رایج زمان پیامبر اسلام ملازمه ای ندارد؛ قصد اسلام این نمی‌باشد که با حفظ اشکال قرن‌های گذشته، سدی ایجاد کرده تا مانع از بهره برداری مسلمانان از ساختارهای قراردادی مدرن گردد، چرا که ادامه ی این روند و حفظ قالب گذشته، نه تنها موجب اشاعه تفکر اقتصاد اسلامی نمی‌گردد بلکه مانعی برای رسیدن به هدف مذکور و عاملی برای از دست رفتن جایگاه بانکداری اسلامی در جامعه مدرن می‌باشد.

بنابراین ضروری می‌نماید محققان اسلامی، در راستای حفظ جایگاه اقتصاد و بانکداری اسلامی، به طور مستمر به پژوهش و یافتن چالش‌های این حوزه بپردازند و راه‌های رهایی از چالش‌های مذکور را پیشنهاد دهند. البته شرط انصاف حکم می‌کند تا تلاش صورت گرفته نسبت به رفع موانع و اشکالات ناشی از این دیدگاه اشاره شود لکن متأسفانه تمامی تلاش‌ها همواره بر مبنای عقود معین بوده و صرفاً نسبت به جرح و تعدیل همان قراردادهای و اصلاح ظاهری آن اقدام شده است. این تحولات به گونه ای بوده است که به تعبیر برخی حقوقدانان ها نه می‌توان عقود همچون فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک را عقد جدید نامید و نه از ماهیت عقد اولیه چیزی باقی مانده است.

بدین توضیح که اگرچه بعد از نقد دیدگاه ودیعه، عاریه، مضاربه، قرض و وکالت بودن قالب قرارداد سپرده گذاری و همچنین نقد اعطای تسهیلات در چارچوب عقود معین مشارکت، مضاربه و جعله، به این مسئله رهنمون می‌شویم که قرارداد تجهیز و تخصیص منابع بانکی از جمله معاملات شناخته شده و با سابقه در فقه و حقوق نیست، بلکه قراردادی است نوظهور و در این رهگذر به طراحی عقود جدیدی تحت عنوان اجاره به شرط تملیک و فروش اقساطی گام برمی‌داریم که به ظاهر عقود نامعین بوده اما همچنان درگیر

مراعات مقررات عقد معین اجاره و بیع در آن ها هستیم. در حالی که می بایست فارغ از جستجو مشابهات میان عقود شناخته شده با عقود به کار رفته در عملیات بانکی، به دنبال طراحی پیمان هایی کارآمد و مستقل که در زمره ی هیچ یک از عقود باسابقه جای نمی گیرند، باشیم.

لذا در این پژوهش ضمن بررسی حکومت دیدگاه پیروی از عقود معین در عملیات تجهیز و تخصیص منابع بانکی و نقد حقوقی و اقتصادی دیدگاه های مبتنی بر معین بودن قرارداد های سپرده گذاری و اعطای تسهیلات و چالش یابی دیدگاه ها، دیدگاه جدیدی را ارائه می دهد که نه تنها با اسلامی بودن عملیات بانکی، منافاتی ندارد بلکه گامی است در جهت توسعه بازار مالی اسلامی.

دوم- طرح مسئله در خصوص اجرایی کردن عقود اسلامی

در راستای طرح مسئله در خصوص اجرایی کردن عقود اسلامی، سوالات اصلی و فرعی قابل طرح است که سوال اصلی پژوهش مذکور این گونه است که عقود اسلامی بانکی با چه چالش های حقوقی-اقتصادی در راستای اجرایی کردن نظام بانکداری اسلامی مواجه است؟

همسو و هم جهت با سوال اصلی، می توان سوالات فرعی به شرح ذیل را مطرح نمود:

اولاً: تقابل ساز و کار سنتی عقود مدنی در پیاده سازی نظام بانکی به چه صورت است؟

ثانیاً: با توجه به چالش های پیاده سازی، امکان تغییر در عقود سنتی وجود دارد؟

در زمینه بانکداری به طور عام و بانکداری اسلامی به طور خاص مطالعات و پژوهش های درخوری صورت گرفته است که در قالب کتاب، پایان نامه و مقالات، هر یک روشن کننده ی مسیر پیش روی دیگر پژوهش گران بوده اند.

در ذیل به موارد مرتبط به عنوان پیشینه ی تحقیق اشاره کرده و زمینه ی مطالعاتی آن ها را به صورت خلاصه ذکر خواهد شد؛

۱- کتاب سیاست های پولی در بانکداری بدون ربا (بررسی فقهی - اقتصادی):^۱

این کتاب به دنبال پاسخ به این پرسش است که تحوّل نظام بانکی از سیستم ربوی به بانکداری بدون ربا، این نگرانی را در پی داشت که آیا ابزاری برای انجام سیاست های پولی باقی می ماند و نظام جدید قادر است همچنان به عنوان اهرمی جهت تنظیم و کنترل حجم پول مورد نیاز اقتصاد نقش ایفا کند؟

^۱ فراهانی فرد، سعید. سیاست های پولی در بانکداری بدون ربا. مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی. قم. ۱۳۷۸.

کتاب حاضر، به تبیین سیاست های پولی و ابزارهای آن از منظر اقتصادی و فقهی پرداخته و مبانی فقهی پول در بانکداری بدون ربا را براساس مبانی فقهی و فکری امام خمینی(ره) مورد بررسی قرار داده است. این کتاب اگرچه از دو بعد فقهی و اقتصادی موضوع خویش را مورد بررسی قرار داده است اما در خصوص عقود مربوط به تجهیز منابع سکوت کرده است.

۲- کتاب جعاله در بانکداری اسلامی^۱: این کتاب همان گونه که از عنوانش بر می آید، متمرکز بر یکی از عقود در حوزه ی تخصیص منابع در بانکداری اسلامی و عقدی از میان عقود دیگر که در بانکداری بدون ربا برای ایران برای اعطای تسهیلات از آن استفاده می شود. کتاب مذکور در مورد جایگاه عقد جعاله در کلیت سیستم بانکداری و چالش های متوجه نحوه استفاده از عقد جعاله در نظام بانکداری ایران ساکت می باشد.

۳- پایان نامه تحت عنوان تحلیل تقابل بانکداری و حقوق اسلامی^۲: به عنوان منبع مرتبط به نگارش سید نورالله شاهرخی در سال «۱۳۸۹» نگارش و دفاع شده است که هدف تحقیق به شرح زیر است؛ موسسات مالی اسلامی، فعالیت هایشان را در جهت حذف بهره، منطبق بر معیار های شریعت و برای نیل به اهداف اسلامی مانند جلوگیری از تکاثر ثروت، گسترش عدالت اجتماعی و تعاون و همبستگی بین آحاد جامعه هدایت می نمایند. بر این اساس اصلاح ساختار بانکداری عرفی که یکی از بازوهای اصلی نظام سرمایه داری در جهت تکثر ثروت به دست عده ای معدود است، ضروری می نماید. نگارنده ی این تحقیق به این نتیجه می رسد که قانون بانکداری بدون ربا گرچه در مرحله ی اجرا در برخی زمینه ها به توفیقاتی دست پیدا کرده است اما در نیل به اصلی ترین هدف خود یعنی حذف ربا از سیستم بانکی ناتوان بوده است. پس می توان از این تحقیق برداشت کرد که باید تلاش کرد تا به سمت اصلاح بانکداری عرفی رفته و نظام بانکداری را با حقوق اسلامی منطبق کرده و به حذف ربا پردازیم.

در حالی که در تحقیق پیش رو، فرض بر این است که دو نظام بانکداری عرفی و اسلامی وجود دارد و ما در این تحقیق به دنبال سازگاری این دو نظام با یکدیگر نبوده بلکه هدف در این تحقیق بررسی چالش های

^۱ مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی پژوهشکده ی فقه و حقوق. **جعاله در بانکداری اسلامی**. موسسه بوستان کتاب. قم. ۱۳۸۱.

^۲ شاهرخی، سید نورالله. **تحلیل تقابل بانکداری و حقوق اسلامی**. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی. ۱۳۸۹. صص ۱-۴۹۹.

نظام بانکداری اسلامی بوده که سبب کند شدن پیشرفت این نظام شده است و در واقع به دنبال رها سازی نظام بانکداری اسلامی از قالب های محدود کننده ی عقود سنتی مدنی است.

۴- **پایان نامه تحت عنوان بررسی نقش عقود اسلامی در سیستم بانکداری جمهوری اسلامی ایران**^۱: پایان نامه مذکور که در راستای اخذ مدرک کارشناسی ارشد در رشته مدیریت بازرگانی ارائه شده است، متمرکز بر شیوه ی اجرا و مدیریت ریسک عقود اسلامی در سیستم بانکداری اسلامی بوده است و در خصوص مشکلات این عقود در بانکداری بدون ربا، سکوت کرده است.

۵- **پایان نامه تحت عنوان بررسی فقهی-حقوقی مضاربه در بانکداری اسلامی**^۲: پایان نامه مذکور به بررسی عقد مضاربه به عنان یکی از عقود بانکی اسلامی می پردازد و بیان می کند که با توجه به این که عقد مضاربه در زمره ی عقود مشارکتی بوده و طرفین قرارداد می بایست به صورت مشاع در سود و زیان سهیم باشند، اما در رویه و احکام بانک ها با دریافت نرخ سود ثابت و از پیش تعیین شده، این عقد از مشارکت خارج شده و ضرر و زیان تجارت برعهده ی عامل گذارده می شود. بنابراین این عقد در عمل از مفهوم و ماهیت اصلی عقد مضاربه دور افتاده و حتی در برخی موارد، شبیه ی ربا را ایجاد نموده است. اما این پایان نامه در خصوص عقود دیگر ساکت بوده و همچنین از چالش های اقتصادی این عقد در بانکداری اسلامی ایران صحبتی به میان نیاورده است.

۶- **مقاله با موضوع آسیب شناسی اجرای بانکداری اسلامی در کشور: دلالت هایی برای تحول در نظام بانکی**^۳: این مقاله تلاش می کند ابعاد اسلامی طرح تحول در نظام بانکی را از طریق برجسته نمودن ۱۰ مورد از مهمترین چالش های وضع موجود نظام بانکداری بدون ربا در کشور مورد توجه قرار دهد، در این راستا راه حل هایی نیز ارائه داده می شود.

^۱ رحیمی، مجید. بررسی نقش عقود اسلامی در سیستم بانکداری جمهوری اسلامی ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه علوم و فنون مازندران. ۱۳۷۵.

^۲ قبادی، سیده پروانه. بررسی فقهی- حقوقی مضاربه در بانکداری اسلامی. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه تربیت معلم تبریز دانشکده الهیات. ۱۳۹۳.

^۳ میسمی، حسین و وهاب، قلیچ. «آسیب شناسی اجرای بانکداری اسلامی در کشور: دلالت هایی برای تحول در نظام بانکی». فصلنامه تازه های اقتصاد. ش ۱۳۲. ۱۳۹۲. صص ۹۱-۱۰۱.

این مقاله بعد از بررسی بسیار مختصر چالش‌ها، به ارائه‌ی راه‌حل‌هایی می‌پردازد که به طور کلی می‌توان آن‌ها را در تقویت بعد اسلامی نظام بانکداری خلاصه کرد. در حالی که در پژوهش پیش رو، از نتیجه‌ی این تحقیق استفاده شده و این چالش‌ها را دلیلی برای رهاسازی نظام بانکی از قالب عقود سنتی و معین‌انگاشته شده است. در واقع در تحقیق پیش رو نگارنده در صدد بررسی ضرورت یا عدم ضرورت مقید بودن به عقود معین می‌باشد.

۷- مقاله با عنوان میزان تطابق عملیات بانکی کشور با مبانی بانکداری اسلامی^۱:

در مقاله مذکور ضمن اشاره به موفقیت‌های نظام بانکداری بدون ربا در تجهیز و تخصیص منابع و عملکرد مناسب در دوره‌های رونق و رکود اقتصادی با وجود مشکلات و موانع داخلی و خارجی لکن به شبهات موجود و انتقادات گوناگون از لحاظ تطابق عملیات بانک‌ها با موازین اشاره کرده و به بررسی تطبیقی عملیات بانکی فعلی با بانکداری اسلامی می‌پردازد.

نگارنده با مطالعه منابع فوق و نیز دیگر منابع که ذکر نام آن‌ها در این مجال نگنجیده و در بخش کتاب‌شناسی ذکر شده است، سعی کرده ضمن استفاده از آن‌ها، موضوعی را دست‌مایه تحقیق قرار دهد که سابقاً به این صورت به آن پرداخته نشده است.

اهداف کاربردی این تحقیق، ارتقای سطح فعالیت‌های نظام بانکداری در کشور و توسعه‌ی ابزارهای کاربردی برای پیشرفت فعالیت‌های بانکی می‌باشد. به عبارت دیگر رها ساختن بانک‌ها از مقید بودن به عقود معین و منطبق با قانون مدنی، سبب گسترش فعالیت آن‌ها گردیده و حتی سبب حفظ ماهیت و ارزش عقود سنتی و معین می‌گردد چرا که در مواردی که شاهد فاصله‌ی فاحش بین این عقود با آنچه عملاً بانک‌ها با آن فعالیت می‌کنند می‌باشیم، به جای انطباق بی‌منطق آن دو مقوله با یکدیگر که سبب اختلال در هر دو مقوله و همچنین اجرای ناقص عقود سنتی می‌گردد، باید راه‌حل دیگری را در پیش بگیریم.

^۱ میری، اشرف السادات. «میزان تطابق عملیات بانکی کشور با مبانی بانکداری اسلامی». *مجله اقتصادی*. ش ۷ و ۸. ۱۳۹۲.

ضرورت انتخاب این موضوع، مشاهده ی توجیهاتی بود که از سوی صاحب نظران در خصوص این مباحث مطرح می شد که به نظر تا حدی منطقی به نظر نمی رسید چرا که وقتی شاهد فاصله ی زیاد بین این دو مقوله هستیم، ابتدایی ترین راه حل یعنی در قالب ماده ی ۱۰ بودن را پیشنهاد می کنند در حالی که هیچ دلیلی برای محدود کردن فعالیت های تجهیز و تحلیل بانک ها در قالب حتی ماده ی ۱۰ به نظر وجود ندارد.

در راستای **اهداف فرعی** این پژوهش نیز پیش بینی می شود تحقیق پیش رو مورد استفاده ی نمایندگان مجلس و بانک ها برای تنظیم مقررات و قوانین بانکی باشد و نتایج حاصل از این تحقیق در نظام اقتصادی کشور و نظام بانکی مورد استفاده قرار می گیرد.

در راستای طرح مسئله پیش رو می توان **فرضیه اصلی** را چنین بیان کرد که عقود اسلامی از لحاظ تئوریک هرچند قوی هستند، لکن در راستای اجرایی کردن با مشکلاتی مواجه اند از جمله صوری عمل کردن بانک ها در عقود مبادله ای و مشارکتی.

متناسب با سوالات فرعی، می توان **فرضیه های فرعی** بدین شرح بیان نمود:

اولاً، با توجه به تاثیر عظیمی که نظام بانکداری در نظام اقتصادی کشور از طریق انعقاد عقود با مشتریان و سپرده گذاران خود دارد، محدود کردن بانک ها به عقود سنتی سبب ایجاد مانع و ایجاد محدودیت برای فعالیت های بانکی و در نهایت ورود لطمه به اقتصاد کشور خواهد شد.

ثانیاً، عقود باید دارای ویژگی کارایی و قابل اجرا بودن باشند و در صورتی که در حوزه ی بانکی عقود اسلامی از این وصف برخوردار نباشند باید به عقود جدید روی آورده یا از عقود ترکیبی استفاده کرد و یا در صورت امکان از قالب عقد صلح بهره برده تا مسائل ادامه پیدا کند.

در خصوص **آگهی پلان** تحقیق پیش رو، نگارنده در دو بخش کلی به تقریر پایان نامه پرداخته به طوری که بخش اول را به بررسی عقود معین بانکداری اسلامی اختصاص داده و به چالش های حقوقی و اقتصادی هر یک از عقود معین بانکی در دو فصل مربوط به تجهیز منابع و تخصیص منابع بانکی پرداخته است تا در این راستا به تاثیر اصرار بر عقود معین حقوقی در بانکداری اسلامی رهنمون شود؛ به طوری که در فصل اول، در جستجوی این موضوع است که اگر سپرده گذاری از مصادیق قراردادهای شناخته شده همچون؛

ودیعه، عاریه، مضاربه، قرض و وکالت باشد، با چه چالش هایی روبه رو می باشد. این بخش به دیدگاه هایی که صاحب نظران در مورد ماهیت قرارداد سپرده گذاری مطرح کرده اند، می پردازد و در فصل دوم آن به عقود معین اسلامی ای که در تخصیص منابع از آن ها استفاده می گردد و چالش های آن ها پرداخته و نهایتاً در بخش دوم نیز به بررسی عقود ای که در بانکداری اسلامی غیرمعین تلقی شده و چالش های عقود مذکور پرداخته می شود.

بخش اول: چالش استفاده از عقود معین در نظام بانکداری ایران

بانک نهاد اقتصادی ای است که از جمله عملیات مهم آن، جمع آوری منابع یا همان تجهیز و در مقابل تخصیص منابع می باشد. در راستای این دو فعالیت، بانک با مشتریان و با تسهیلات گیرندگان اقدام به انعقاد قراردادهایی می کند. صاحب نظران در این حوزه برای این قرارداد ماهیت های متفاوتی ارائه کرده و سعی در آن داشته اند که این قرارداد را چه در حوزه ی تجهیز منابع و چه در حوزه ی تخصیص، در قالب عقود معینی در نظر گیرند. دیدگاه های مبتنی بر ودیعه، عاریه، وکالت، قرض و مضاربه بودن قرارداد سپرده گذاری و بهره گیری از عقود معین شرکت، مضاربه و جعاله در تخصیص منابع به طور جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد تا چالش ها و عدم تطابق هر یک از عقود معین که هر کدام از این دیدگاه ها به همراه دارند آشکار شود. در پژوهش پیش رو ابتدا به دیدگاه های مطروحه در حوزه تخصیص پرداخته و چالش های هریک از آن ها را برمی شمیریم و سپس به عقود معین مورد استفاده در مرحله تخصیص می پردازیم تا چالش های استفاده از این عقود در نظام بانکی را نیز آشکار کنیم. لازم که ذکر است که چالش ها دارای جنبه ی حقوقی و نیز جنبه ی اقتصادی هستند.

فصل اول - چالش دیدگاه های بهره گیری از عقود معین در حوزه ی تجهیز منابع

امروزه در جامعه افراد به سبب فقدان تجربه، تخصص و فرصت کافی، امکان به کارگیری پس اندازهای خود در فعالیت های سودآور را ندارند و از طرف دیگر نیز افراد دارای تخصص و تجربه لازم، فاقد سرمایه ی موردنیاز برای انجام طرح های سودآور اقتصادی خود می باشند؛ بدین سبب است که ضرورت نهادی تحت عنوان بانک که عملیات جذب و تخصیص منابع را در جامعه انجام می دهد، نمایان می شود چرا که بانک ها در این راستا قادر به جذب سرمایه های بی استفاده و جهت دادن آن ها به سمت پروژه های سودآور هستند. بنابراین آن چه گفته شد، عملیات اصلی بانک های تجاری تحت دو عنوان کلی تجهیز و تخصیص منابع دسته بندی می شود که در مرحله ی تجهیز، دریافت و ذخیره ی سرمایه های اشخاص، به سه صورت حساب های جاری و حساب های پس انداز و سپرده های سرمایه گذاری است.^۱ سپرده ها، با وجود اهمیت فراوان در حوزه ی اقتصاد، از سال ۱۳۶۲ در قوانین بانکی و تجاری ایران از عنوان و مقررات به خصوصی برخوردار نبودند. در سال ۱۳۶۲، لایحه قانونی عملیات بانکی بدون ربا، سپرده ها را به چند گروه تقسیم کرد: حساب های جاری و پس انداز؛ که برای این دو نوع سپرده، عنوان «قرض الحسنه» آورده شده است، اما ماهیت حقوقی سپرده های سرمایه گذاری مدت دار نامعلوم باقی ماند، و در این لایحه بیشتر اعمالی ذکر می

^۱ ماده «۳» قانون عملیات بانکی بدون ربا- بانکها می توانند، تحت هر یک از عناوین ذیل به قبول سپرده مبادرت نمایند:

الف- سپرده قرض الحسنه: ۱- جاری ۲- پس انداز

ب- سپرده های سرمایه گذاری مدت دار.