



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
دانشگاه شهید مدنی آذربایجان
دانشکده الاهیات و معارف اسلامی
گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد
رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

بررسی فقهی و حقوقی قراردادهای تسهیلاتی و موانع اجرای آن در بانکداری اسلامی

استاد راهنما:

دکتر مرتضی حاجی پور

استاد مشاور:

دکتر رضا الهامی

پژوهشگر:

عیسی صفرپور سدهی

مهر / ۱۳۹۳

تبریز / ایران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدیم به:

ساحت مقدّس رادمرد بزرگ عالم بشریت که تمام عمر با عزت و با شرافتش را در دفاع از حق گذراند اما خود از حق مسلمش محروم بود؛ «فو الله ما زلت مدفوعاً عن حقی مستأثراً علیّ منذ قبض الله نبيّه صلی الله عليه و آله» (نهج البلاغه، خطبه ۶).

با تقدیر و تشکر فراوان از:

همکاری اساتید ارجمند؛ آقایان دکتر مرتضی حاجی پور، دکتر رضا الهامی و دوستانی که اینجانب را در تدوین، ارائه نظرات، بازنگری، اصلاح، ویرایش، تایپ و چاپ تحقیق حاضر یاری رساندند، نهایت تشکر و قدردانی را به عمل آورده، توفیق روزافزون را برای همه ایشان از درگاه الهی مسألت می نمایم.

عیسی صفرپور سدهی

مهر ۱۳۹۳ ه.ش

تبریز / ایران

فهرست مطالب	صفحه
چکیده	یک
پیشگفتار	ث
فصل اول: کلیات	۱
مقدمه	۲
ضرورت تحقیق	۴
پیشینه تحقیق	۵
مفاهیم کلی	۶
۱- قانون عملیات بانکی بدون ربا (بانکداری اسلامی)	۶
۲- سهم طرفین معامله بانکی (سود علی الحساب)	۷
۳- جهت معامله بانکی	۸
اهداف تحقیق	۱۰
فصل دوم: بانک و اصول تصرف مالی آن	۱۱
بخش اول: بانک و تصرف مالی آن	۱۲
ماهیت بانک	۱۲
تصرف مالی بانک	۱۲
مبنای فقهی تصرف مالی بانک	۱۳
موضوع تصرف مالی بانک	۱۶
بخش دوم: اصول تصرف مالی بانک	۱۸
۱- اصل صحت قرارداد	۱۸
۲- قاعده تسلیط	۲۰
۳- اصل حرمت ربا	۲۲
ماهیت ربا	۲۲
حکم ربا در کتاب و سنت	۲۳
۱- آیه ۲۷۸ و ۲۷۹ سوره بقره	۲۴
۲- آیه ۲۷۵ سوره بقره	۲۵
جمع بندی فصل دوم	۲۷
فصل سوم: قراردادهای تسهیلاتی قانون بانکداری اسلامی	۲۸
قراردادهای تسهیلاتی	۲۹

۳۰	بخش اول: قرارداد غیر انتفاعی (وام قرض الحسنه)
۳۱	انواع قرض
۳۱	۱- قرض ربوی
۳۴	۲- قرض الحسنه (وام بانکی)
۳۶	بخش دوم: قراردادهای انتفاعی با بازده ثابت
۳۷	انواع تسهیلات مبادلاتی
۳۸	أ- قرارداد فروش نسبه (اقساطی)
۳۸	فرآیند انعقاد نسبه (اقساطی)
۳۹	دلایل صحت نسبه (اقساطی)
۳۹	۱- اجتناب از غرر
۳۹	۲- «أجل قسطی از ثمن است»
۴۰	۳- مغایرت با بیع شرط فاسد
۴۲	مغایرت فرآیند قانونی تسهیلات اقساطی با ربا
۴۴	ب- معامله سلف (پیش خرید کالا)
۴۵	نهی از ربا در سلم بانکی
۴۸	ب- تسهیلات اجاره به شرط تملیک (لیزینگ)
۵۰	فرآیند قانونی اجاره به شرط تملیک
۵۱	توجیه فقهی مال الاجاره در معامله لیزینگ
۵۳	ت- تسهیلات جعاله
۵۴	مغایرت قانونی تسهیلات جعاله با ربا
۵۸	بخش سوم: تسهیلات انتفاعی با بازده متغیر
۵۸	قراردادهای مشارکتی
۵۹	انواع قراردادهای مشارکتی
۵۹	۱- مشارکت مدنی
۶۲	۲- مشارکت حقوقی (تجاری)
۶۳	۳ و ۴- تسهیلات مزارعه و مساقات
۶۵	۵- تسهیلات مضاربه
۶۶	مشخصه مضاربه بانکی در مقایسه با ربا
۶۸	سود مشاع
۶۹	جمع بندی فصل سوم

فصل چهارم: موانع شرعی در اجرای تسهیلات بانکی	۷۱
مقدمه	۷۲
بخش اول: انتفای مالیت از اوراق تجاری (با تأکید بر تنزیل بانکی)	۷۳
تنزیل اوراق اعتباری تجاری	۷۵
موضوع تنزیل؛ اوراق اعتباری تجاری	۷۶
انواع اوراق تجاری به لجاظ مالیت	۷۷
۱- اوراق تجاری دارای مالیت	۷۷
۲- اوراق تجاری فاقد مالیت (اوراق صوری)	۷۸
حکم تنزیل اوراق تجاری	۷۸
اثر تفکیک اوراق اعتباری تجاری	۸۳
۱- بطلان تنزیل اوراق تجاری فاقد مالیت	۸۴
۲- صحت تنزیل اوراق بهادار تجاری	۸۴
بخش دوم: اشتراط قرارداد به شرط ضمان فاسد (با تأکید بر مضاربه بانکی)	۸۶
شرط ضمان عامل در تسهیلات مضاربه	۹۰
۱- شرط ضمان متقاضی برخلاف مقتضای ذات مضاربه	۹۰
۲- شرط ضمان متقاضی برخلاف مقتضای اطلاق مضاربه	۹۲
دلایل صحت شرط ضمان فعل ضمان مضارب	۹۳
۱- مخالفت با اطلاق قاعده استیمان	۹۳
۲- تمایز شرط فعل ضمان عامل از شرط نتیجه آن	۹۵
نتیجه گیری	۹۶
فهرست منابع و مآخذ	۹۹
چکیده انگلیسی	Abstract

چکیده

در این تحقیق، فرآیند قانونی و اجرائی تسهیلات بانکی بدون ربا تطبیق فقهی شده است تا دلایل شبهه ربا را به عنوان مانع اجرای صحیح این قراردادها بررسی کرده باشد و در این راستا وام قرض الحسنه و قراردادهای مبادلاتی را بحث نموده؛ زیرا اولی بر مبنای قرض و دومی بر اساس بیع است و ثبوت ربا نیز عمدتاً در قرض اموال و یا در بیع آن می باشد. اما قراردادهای مشارکتی دو مشخصه با عنوان: امتزاج حق مالکیت بر اموال (نه انتقال ملکیت آن) و نیز تقسیم مشاع سود شرکت را دارد که در آن از قرض اموال و یا بیع آن بحث نمی شود لذا به تبیین مختصری از این قراردادها اکتفا نموده با این تفاوت که مضاربه را در ارتباط با شبهه مزبور نیز مورد تأکید قرار داده است.

بررسی مزبور علت پیدایش شبهه ربا را در دو مانع شرعی ذیل جویا شده است:

۱- انتفای مالیت از اوراق اعتباری تجاری (با تأکید بر قرارداد تنزیل بانکی)

۲- اشتراط قرارداد به شرط ضمان فاسد بر عامل (با تأکید بر قرارداد مضاربه بانکی)

به موجب مانع اول، اوراق تجاری (چک و سفته) در ارتباط با معامله صوری موضوعیت می یابد، مالیت آن سلب می گردد و در نتیجه آن به نقل و دادوستد انتفاعی از پول پرداخته می شود. نیز به دلیل مانع دوم، سود قرارداد در نتیجه شرط نتیجه فاسد بر عامل نسبت به اصل سرمایه و سود آن تضمین می شود.

کلید واژه ها: بانکداری بدون ربا، ربا، قراردادهای تسهیلاتی، تنزیل، اوراق تجاری، مضاربه، شرط ضمان عامل.

پیشگفتار

حمد و سپاس بی کران معلم ازل را که با قسم به قلم و نگارش (نُ وَالْقَلَمُ وَمَا يَسْطُرُونَ) قلم، نوشتن، معلم و تعلیم را شرافت بخشید و درود فراوان به روان پاک خاتم انبیاء (ص) که الهامات غیبی او برای نشر حقایق و گسترش عدالت اجتماعی و جلوگیری از هر گونه فساد و رذایل اخلاقی، بهترین دستور می باشد و سلام بی حد و تحیات وافر بر اهل بیت عصمت و طهارت که به ولایت الهی خود کوشیدند تا با اجرای حدود و سنن الهی، جوامع بشری را از نابودی نجات داده و برای حیات ابدی و سعادت سرمدی آماده و مهیا گردانند.

و اما بعد؛ سپاس که این توفیق را یار نمود تا تحقیقی ولو مختصر بر وضعیت فقهی و حقوقی قراردادهای تسهیلاتی قانون بانکداری بدون ربا داشته باشیم چرا که نهاد بانک با ایفای نقش صحیح و قانونی خود، سهم قابل توجهی در اقتصاد کشور دارد و می تواند با امانتداری سازنده نسبت به سپرده مردم، کارگزار قابلی برای به جریان انداختن منابع تودיעی ایشان بوده و ضمن اثرات سازنده بر اقتصاد، منافع صاحبان سپرده و نیز منافع خود را بیش از پیش تأمین نماید. اما در این میان امروزه توسعه نسبی معاملات مالی و تأثیرپذیری آن از مسائل مستحدثه؛ مانند: پول اعتباری، اوراق تجارتي (چک و سفته) این معاملات را با مسائلی خاص به ویژه در حوزه قوانین مواجه ساخته و مسؤولان و صاحب نظران را به بازنگری، تصحیح و یا تکمیل قوانین آن واداشته است.

در نظام حقوقی اسلام نیز هر چند عهد تشریح آن از نظام اقتصادی محدودتری برخوردار بوده اما امروزه دامنه مسائل مالی آن، گستردگی بیش از پیشی را تجربه نموده که در آن میان، ممنوعیت ربا به عنوان اصل و شالوده بانکداری اسلامی اهمیت فراگیری یافته؛ چرا که در راستای تحریم ربا، لزوم تحقق عملی بانکداری اسلامی مورد تأکید قرار گرفته است که از جمله آن می توان به تلاش نهادهای مسؤول برای تحقق معیارهای اسلامی به ویژه حذف کامل ربا از چرخه درآمد جامعه ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی اشاره نمود. این تلاش هر چند به تدوین قوانین جدید مالی (قانون بانکداری بدون ربا؛ مصوبه ۱۳۶۲ ه.ش) با هدف تحقق عدل و قسط، توسعه تعاون عمومی، قرض الحسنه و ... انجامید اما با این حال هنوز هم تعارض موضوعاتی چون تلاش نظام حقوقی اسلام جهت تطبیق سیستم بانکی با اصول شرعی از یک سو و مغایرت اجرائی برخی قراردادهای بانکی با اصول مزبور از سوی دیگر قابل ارزیابی است طوری که این تقابل، زمینه شبهه در اجرای قراردادهای انتفاعی بانکی را فراهم می نماید. لذا در راستای حل این تعارض، بررسی نکاتی چون موضوعیت اوراق تجاری غیر مالی و نیز ایجاد شرط ضمان فاسد بر عامل موضوع قرارداد؛ مهم می باشد.

عیسی صفرپور سدهی

مهر ۱۳۹۳ ه.ش

کلیات

* مقدمه

* ضرورت تحقیق

* پیشینه تحقیق

* مفاهیم کلی

* اهداف تحقیق

مقدمه

تشریح احکام در فقه اسلامی بر اساس فطرت انسانی - که نیازمند احکام ثابت و استوار است - می باشد و در برخورد با موضوعات متغیر امروزی دارای انعطاف و جامعیت است. یکی از این موضوعات متغیر، نهاد انتفاعی بانک می باشد که در تعلق به احکام شرعی در زمره مسائل مستحدثه قرار دارد و از دید فقهی در دو نوع ربوی و اسلامی تمایز می یابد.

مؤسسه پولی، مالی و اعتباری بانک در نظام مالی متداول دنیا با حاکمیت اندیشه لیبرالیسم، واسطه پول گشته و به طور معمول با عقد عهده «قرض با بهره»، وجوه صاحبان سرمایه را جمع آوری کرده و آن را با همین رابطه حقوقی در اختیار متقاضیان وام جهت سرمایه گذاری و مصرف قرار داده است اما در نظام مالی اسلام، حاکمیت اصول شرعی به ویژه تحریم تصرفات مالی فاسد و نامشروع؛ مانند: معامله ربوی سبب گردیده تا در تأمین منابع بانکی و مدیریت بر آن (وساطت مالی) از عقد عهده قرض صرفاً در وام قرض الحسنه - آن هم بدون بهره ولی با کارمزد متعارف بانکی - و از عقد اذنی وکالت در بیع و شرکت استفاده شود تا به این ترتیب تسهیلات انتفاعی دارای توجیه مالی (سود و بازده واقعی) گردد.

تسهیلات انتفاعی بدون ربا، عنوان عرفی نمونه تصرف مالی مشروع و متعارف اشخاص حقیقی و حقوقی در نظام بانکی است. چنین تصرفی به موجب استیلای مشروع و تسلط قانونی بر مال و در قالب حقوقی چون بیع، اجاره، جعاله، وکالت و شرکت انجام می شود و با انعقاد قرارداد، استحقاق حق مالی و یا التزام به انجام تعهد بانکی، متوجه طرفین قرارداد آن می شود. این تصرف در منابع بانکی، طبق قانون بانکداری بدون ربا و هماهنگ با احکام ثابت فقهی و حقوقی است که پس از ارزیابی لازم مورد تصویب نهاد قانونگذار و مورد جواز شرعی شورای نگهبان قرار گرفته است.

نکته حائز اهمیت پیدایش عرفی شبهه ربا در نتیجه صوری بودن ارزش مالی موضوع برخی عقود بانکی به ویژه در تنزیل اوراق تجاری و نیز درج شرط باطل ضمان بر عامل به ویژه در قرارداد مضاربه بانکی است؛ این شبهات خود از گذر نفوذ راه خلاصی از ربا در انعقاد قراردادهای بانکی نشأت می گیرد.

شاید منشأ ایراد مزبور در ابتدا به خود قانون برگردد اما بررسی قراردادهای تسهیلاتی این را ثابت نمی نماید. در واقع متن قانون بانکداری بدون ربا، آیین نامه و دستورالعمل اجرایی آن نقص شرعی ندارد و به همین دلیل، این طرح دارای تأیید شرعی شورای نگهبان می باشد هرچند همانند دیگر قوانین ممکن است با مرور زمان با یک سری نارسایی و یا کاستی در خود مواجه باشد، برای مثال لازم باشد شکل هماهنگی قانون با سایر ارکان اقتصادی به ویژه بازار پول و سرمایه به ترتیبی دیگر باشد اما به طور قطع چنین چیزی روال طبیعی هر قانونی می تواند باشد همانطور که نیاز به تجدید نظر جهت به روز آوردن مصوبات قانونگذار ضرور می نماید.

حال سؤال این است که اگر در متن قانون مزبور نقص شرعی وجود ندارد پس چرا دید عرف نسبت به فرآیند بانکی ایران در برخی موارد آمیخته با شبهه است و چرا این دید منفی باید در اذهان عمومی شکل بگیرد که فرآیند فعلی بانک به ویژه در تسهیلات بانکی با ایراداتی از جمله تضمین اصل و فرع سرمایه به شکلی دیگر چون معامله صوری مواجه است؟ آیا می توان گفت: موضوعیت اوراق تجاری فاقد ارزش مالی در انعقاد معامله بانکی باعث می شود تا تسهیلات بانکی عملاً با تغییر در موضوع مواجه شود و چالش صوری و شبهه ربائی را در اجرای قراردادهای بانکی تجربه نماید بسان آن چه که در تنزیل اوراق تجاری مجاملی و یا در بیع اقساطی صوری امکان طرح آن وجود دارد و یا اینکه آن چه اعتبار شرعی و قانونی معاملات بانکی را تحت تأثیر خود قرار می دهد، تقیید شرط ضمان فاسد بر عامل نسبت به اصل سرمایه و بازده آن است مانند آنچه که در قرارداد مضاربه در مورد شرط ضمان مضارب قابلیت طرح را دارد. برای این منظور بررسی موضوع را در چهار فصل به شرح ذیل می آوریم:

فصل اول مربوط به کلیات تحقیق است؛ فصل دوم به تبیین ماهیت بانک، تصرف مالی و اصول آن در نظام بانکی می پردازد؛ فصل سوم مربوط به تطبیق فقهی قرارداد قرض الحسنه و تسهیلات (مبادلاتی و مشارکتی) بانکی می باشد و فصل چهارم نیز به بررسی دو مانع شرعی ذیل در اجرای مشروع تسهیلات بانکی اختصاص می یابد:

- ۱- موضوعیت اوراق اعتباری تجاری بدون ارزش مالی در تسهیلات مبادلاتی (با تأکید بر قرارداد تنزیل)؛
- ۲- شرط ضمان فاسد بر عامل نسبت به اصل سرمایه و سود آن در تسهیلات مشارکتی (با تأکید بر قرارداد مضاربه).

در پایان تحقیق نیز نتیجه گیری لازم از مجموع بررسی به عمل آمده ارائه می گردد. شایان ذکر است که در این تحقیق به منظور رعایت اختصار از عبارات «قانون»، «آیین نامه» و «دستورالعمل» به ترتیب به جای «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، «آیین نامه تسهیلات اعطائی بانکی مصوب ۱۳۶۲» و «دستورالعمل اجرایی قرارداد ... مصوب شورای پول و اعتبار» استفاده شده است.

ضرورت تحقیق

امروزه حرکت جدیدی در تبیین فقه شیعه بر اساس نیاز فوری جامعه اسلامی و انقلابی در ایران و انطباق کلیه قوانین کشور با موازین اسلامی که مورد تأکید قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باشد، آغاز گردیده و در زمینه قانون مدنی، نیازهای قضائی و سیاست خارجی کشور، تدوین قوانین مستخرج از فقه امامیه حالت جدی به خود گرفته و ضرورتی اجتناب ناپذیر به ویژه در نهاد قانون گذاری (مجلس شورای اسلامی) یافته است. اما با وجود فعالیت همه جانبه مجلس شورای اسلامی و هیئت دولت و شورای عالی قضائی در تدوین قوانین مورد نیاز، هنوز خلأهایی در انتقال از وضع غرب زده و شرک آلود قوانین گذشته به حالت تماماً اسلامی پس از پیروزی انقلاب اسلامی دیده می شود.

در شرایط نام برده، تحولات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور و به طور کلی انقلاب اسلامی ایجاب نموده تا مباحث فقهی با رعایت چارچوب خود از شکل سنتی گذشته به حالت متناسب با نیازهای ضروری جامعه فعلی درآید، نظیر آن چه که در طراحی ابزارهای مالی با عنوان صکوک از حالت قراردادهای گذشته فقهی با رعایت چارچوب آن در نظام بانکی کشور در حال اتفاق افتادن است که از حالت مثلاً قرارداد شرکت و سلف به حالت اوراق بهادار مشارکتی و صکوک مرابحه تغییر شکل داده و با کارآیی واقعی، وارد بخش حقیقی اقتصاد جامعه شده است.

طراحی مزبور یکی از دستاوردهای کلان علمی در انقلاب اسلامی ایران و نتیجه عینی تفکیک جدید مباحث فقهی به صورت فقه مدنی و فقه اقتصادی است؛ فقه مدنی، مربوط به ابواب مختلف عقود معین و فقه اقتصادی مربوط به مالکیت، انواع آن و امور مالی است. فقه اقتصادی از نمونه احکام کلی است که منطبق با موضوعات مستحدثه؛ مانند: بانک، بورس و بازارهای اسلامی چون بازار پول و سرمایه، طبقه بندی شده است. به عبارتی مجموعه احکام منطبق با موضوعات نام برده و دیگر مسائل اقتصادی که در حوزه معاملات و دادوستدهای اجتماعی رخ می دهد، احکام اقتصادی یا فقه اقتصادی را پدید می آورد. این دو فقه همانند فقه عام (مربوط به همه مباحث فقهی)، فقه قضائی (مربوط به آئین دادرسی)، فقه خانواده (مربوط به ازدواج، طلاق، ارث و وصیت)، فقه عبادی (مربوط به عبادات اسلامی) و فقه سیاسی (مربوط به حکومت، سیاست خارجه، جهاد و حقوق بین الملل) جزئی از مباحث فقهی به شمار می آیند (زنجانی، ۱۳۸۷/۲).

اما از آن جا که سعادت و پیروزی معنوی یک جامعه بدون «اقتصاد غنی و سالم» ممکن نیست، از این رو اسلام به عنوان یک مذهب پیشرو در کنار توجه به بُعد معنوی حیات انسان، به زندگی مادی و حیات اقتصادی او نیز توجه ویژه دارد و این مسأله مهم را در احکام اقتصادی خود گنجانده (شاهرودی، ۱۳۸۱/۱)، به این دلیل

بانک و فرآیند بانکی اسلامی عملاً از مسائل روز مطرح در نظام اقتصادی و به طور قطع محل توجه خاص برنامه ریزان در قوه های ثلاثه است.

بعد دیگر اهمیت موضوع بانکداری اسلامی نگرش ایدئولوژیکی به این موضوع است؛ چیزی که می توان آن را اساس فرآیند بانکی در مکتب فکری اسلام در مقابل اندیشه سرمایه داری (لیبرالیسم) غربی دانست، به این ترتیب که قانون بانکداری و فرآیند اجرائی آن در مکتب فقهی اسلام، لزوم مشروعیت نظری و عملی آن را طبق اصل مشارکت احراز نموده در حالی که به موجب اندیشه لیبرالیسم، فردگرایی و سودآوری بانک در رابطه حقوقی قرض ربوی منظور شده؛ امری که توزیع درآمد افراد جامعه را از مسیر تعادل و توازن اقتصادی خارج کرده و تضاد طبقاتی جامعه را به همراه آورده و در این میان، اهمیت بحث از عقود تسهیلات بانکی که محور اصلی نقل و انتقال منابع پولی و مالی یک جامعه در نظام بانکی است نیز از این مهم نشأت می گیرد.

پیشینه تحقیق

هر چه موضوعی در یک جامعه از اهمیت بیشتری برخوردار باشد به طور طبیعی جاذبه تحقیقات علمی- پژوهشی بیشتری به آن موضوع معطوف می گردد. به طور قطع، قانون بانکداری بدون ربا و ضوابط و مقررات مربوط آن خالی از این گفتار نبوده بلکه موضوعی کلیدی در سیاست اقتصادی جمهوری اسلامی ایران با مسئولیت بانک مرکزی و دستگاه های ذی ربط آن است.

در مورد مجموعه عقود تسهیلات بانکی، تحقیقاتی با زوایای خاص ارائه گردیده است.

مکارم شیرازی در دو عنوان کتاب «ربا و بانکداری اسلامی» و «بررسی طرق فرار از ربا»، تحقیق مفصلی با محوریت آیات و روایات جهت شناخت حیل فرار از ربا در تسهیلات بانکی داشته و نتیجه گرفته اند که آن چه که صحت و سقم این حیل را ارزیابی می نماید، مقوله قصد طرفین معامله است که در صورت احراز جدیت در قصد و مثبت بودن حيله می توان این حیل را صحیح دانست. در مقابل، امام خمینی (ره) و مقام معظم رهبری (دامت ظلّه) حیل فرار از ربا را مطلقاً جایز نمی دانند.

در حوزه پژوهشی، محمد جواد محقق در عنوان تحقیق «درآمدی بر تدوین شاخص ربا در بانکداری اسلامی» به ارزیابی نمونه حیل فرار از ربا که در برخی عقود بانکی- به طور عمده در عقود تملیکی- به کار رفته، برای طراحی و تدوین شاخص ربا پرداخته است (محقق، ۱۳۹۰: ص ۵۷-۸۰).

عباس موسویان- از اعضای شورای پول و اعتبار بانک مرکزی ایران- در پژوهشی با عنوان «ارزیابی قراردادها و شیوه های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، تسهیلات بانکی را با بُعد فقهی- اقتصادی ارزیابی نموده و در این تحقیق، عدم هماهنگی عقود مشارکتی با بانک تخصصی را نتیجه گرفته است. اگرچه ایشان نمائی از

موارد دهگانه نارسائی قانون بانکداری بدون ربا را در یک تحقق کلی نیز ارائه داده و به این نتیجه رسیده که این قانون لازم به تجدید نظر است اما ظاهراً این نارسائی ها به ناقص بودن قانون و نه به ایراد شرعی آن اشاره دارد. اما در نوشتار پیش رو تطبیق فقهی و حقوقی تسهیلات بانکی ارائه شده و با بررسی چارچوب قانونی آن، تبیین کاملی از دو مانع شرعی در اجرای صحیح این عقود به دست آمده است به این ترتیب که ظهور شبهات در انعقاد معامله بانکی را می توان در انتفای مالیت از اوراق اعتباری تجاری و نیز در اشتراط شرط ضمان عامل بر اصل و فرع سرمایه بانک عنوان و بررسی کرد.

مفاهیم کلی

۱- قانون عملیات بانکی بدون ربا (بانکداری اسلامی)

با توجه به اهمیت ایدئولوژیکی بانک، این نهاد پولی، مالی و اعتباری به عنوان واسط کلان اقتصادی نقش مهمی در مدیریت مالی یعنی چرخه درآمدها و گردش صحیح ثروت دنبال می نماید. این نهاد هم قابلیت توزیع صحیح منابع پولی در راستای بسیج وجوه و تعدیل توزیعی آن را دارد؛ نظیر آنچه که در حوزه نظری بانکداری اسلامی مطرح می شود و هم این امکان را دارد که با جریان نامشروع و نامتعادل اموال، اقتصاد جامعه را با فساد طبقاتی مواجه سازد؛ مانند آنچه که از بانکداری ربوی برگرفته از اندیشه لیبرالیسم غرب قابل اشاره است.

قابلیت نخست بانک در سیستم بانکی ایران بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا (یا قانون بانکداری اسلامی) مصوبه ۱۳۶۲ ه.ش (مطابق سال ۱۹۸۳ م) پی گیری شده که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در راستای تحول نظام بانکی و تطبیق آن با اصول و ضوابط اسلامی، مورد تأکید و تأیید مراجع دینی و مجریان اقتصادی قرار گرفته است (تاری و عزیزنژاد، ۱۳۹۰: ص ۱۲۱).

در سال ۱۳۵۸ با تدوین و تصویب قانون اساسی، چارچوب کلی نظام جمهوری اسلامی به همراه مشخصات اقتصادی آن تبیین و ترسیم گردید و طبق دستورالعمل مقرر در اصل چهارم ق.ا مبنی بر وضع قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی و ... بر اساس موازین شرعی و با الهام از اصل ۴۳ و ۴۹ همان قانون در خصوص حرمت و ممنوعیت ربا و هر ثروت نامشروع، حذف ربا از عملیات بانکی در اولویت نخست قرار گرفت.

نخستین گام در راستای حذف بهره براساس مصوبه ۱۳۵۸/۱۰/۳ شورای پول و اعتبار، تنها به کاهش نرخ بهره و تغییر نام آن به «حداکثر کارمزد دریافتی» و «حداقل سود تضمین شده» منتهی گردید و نرخ بهره در ستون دارائی بانک به حداکثر ۴٪ کارمزد و در ستون بدهی بانک به صورت «حداقل سود تضمین شده»^۱ تغییر شکل یافت. اما چون این تغییر نمی توانست ماهیت بانکداری قبل از انقلاب در ایران را تغییر دهد، مجلس قانونگذار

۱. در سپرده ثابت ۱۸/۲٪ و در سپرده پس انداز معادل ۷٪.

طی تبصره ۵۴ قانون بودجه سال ۱۳۶۰ دولت را موظف به انجام تحقیق و بررسی لازم در زمینه حذف ربا از نظام بانکی و اصلاح آن نمود. برای این منظور ابتدا موضوع در وزارت اقتصاد و دارایی و سپس در شورای پول و اعتبار، بررسی و کلیات و خطوط اصلی طرح، تهیه و برای کسب نظر به شورای نگهبان ارسال شد. این شورا طرح مزبور را تأیید نمود و در تاریخ ۱۳۶۱/۲/۱۵ لایحه قانونی تحت عنوان «حذف ربا و انطباق عملیات بانکی با موازین اسلامی» تهیه و تنظیم شد و در نهایت با عنوان «قانون عملیات بانکی بدون ربا» در شهریور ماه ۱۳۶۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید (هدایتی، ۱۳۷۴: ص ۱۱۳).

۲- سهم طرفین معامله بانکی (سود علی الحساب)

در تسهیلات بانکی به اقتضای اصل مشارکت در سود و زیان باید سود طرفین معامله مشاع و علی الحساب باشد. مراد از مشاع بودن سود در تسهیلات بانکی مثلاً در قرارداد مضاربه آن است که عامل با سرمایه نقدی وارد تجارت شود و سود حاصل در پایان معامله بر اساس توافق مطرح در قرارداد تقسیم شود. به این ترتیب تا معامله تمام نشده است، نمی توان سود را تقسیم نمود. بنابراین در ابتدای معامله یا در حین آن و قبل از تقسیم نمی توان سود حاصل از موضوع قرارداد را تضمینی حساب کرد و اگر هم قابل تشخیص باشد، باید صبر شود تا ضرر و زیان احتمالی آن رفع شود در غیر این صورت معامله به خاطر ریسک غیرقابل تسامح، غرری و به دلیل تضمین شرط منفعت در آن، ربوی و در نتیجه باطل است. نیز ضرر حاصل از سرمایه به دلیل تبعیت نما از اصل، تابع سرمایه است. همانند مضاربه در دیگر تسهیلات انتفاعی با بازده متغیر نیز سهم طرفین عقد موقع انعقاد قرارداد و به صورت کسری از محصول (مشاع و علی الحساب) تعیین می شود و مقدار آن تابع توافق طرفین خواهد بود.

در قراردادهای انتفاعی با بازده ثابت نیز تعیین سود به صورت علی الحساب است؛ زیرا تعیین سود بانکی در معاملاتی چون بیع نسبه، بیع سلم و اجاره به شرط تملیک نمی تواند متأثر از انواع ریسک بانکی^۲ نباشد و یا به طور ظالمانه متوجه یکی از دو طرف معامله باشد. به این دلیل بر طبق ماده ۱ آیین نامه فصل سوم

۲. قراردادهای بانکی (عقود تملیکی و مشارکتی) به عنوان نمونه معاملات معوض مالی، موارد متعدد غرر (خطر یا ریسک مالی) را دارا است که بانک جهت سودآور نمودن وجوه بانکی به مدیریت مالی انواع آن می پردازد. نمونه غرر بانکی عبارت است از:

- ۱- ریسک بازار: شامل تغییرات در نرخ بهره، نرخ ارز، قیمت سهام و کالاها؛
- ۲- ریسک اعتبارات: شامل ریسک موجود در اعطای تسهیلات، بیع اوراق تجاری و معاملات مربوط به آن؛
- ۳- ریسک نقدینگی: به معنای ریسک عدم آمادگی بانک برای تأمین تسهیلات اعطایی یا پرداخت به موقع دیون (سپرده ها)؛
- ۴- ریسک عملیاتی: شامل ریسک انجام معاملات به ترتیب مورد انتظار، ریسک اعتماد و اعتبار، ریسک اجرایی قراردادها و ریسک پرسنلی (عقیلی، ۱۳۸۱: ص ۱۷۱).

قانون بانکداری بدون ربا اعطای تسهیلات باید به ترتیبی باشد که بر اساس پیش بینی مربوط، اصل منابع تأمین شده برای این تسهیلات و نیز سود مورد انتظار در صورت تحقق، در مدت معین قابل برگشت باشد. در این ماده سود تسهیلات بانکی نه تضمینی بلکه پیش بینی و مورد انتظار و احتمال طرفین معامله است؛ زیرا این پیش بینی سود ممکن است در آینده معامله مطابق واقع باشد و یا نباشد. بنابراین احتمال سود و زیان در معامله بانکی می رود.

۳- جهت معامله بانکی

نکته حائز اهمیت در قانون بانکداری بدون ربا تصریح به جهت معامله بانکی و اهداف آن است. هر یک از قراردادها اعم از معین و غیر معین وقتی آثار قانونی دارد که شرایط صحت معامله را دارا باشد. این شرایط عبارتند از:

۱- قصد و رضای طرفین معامله؛

۲- اهلیت طرفین؛

۳- موضوع معین معامله؛

۴- مشروعیت جهت معامله (ماده ۱۹۰ ق.م).

هر معامله بانکی که دارای شرائط فوق باشد، آن معامله صحیح و دارای اثر قانونی است؛ زیرا از نظر حقوقی شرائط مزبور ارکان سازنده عقد می باشد که با فقدان هر یک از آن ها عقد پیدایش نمی یابد (امامی، ۱۳۶۱/۱). در میان ارکان مزبور چهارمین شرط صحت معامله مشروعیت جهت آن است.^۳ طبق ماده ۲۱۷ ق.م هر چند در معامله، لازم به تصریح جهت آن نیست ولی اگر تصریح شود، باید مشروع باشد وگرنه معامله باطل است. در این ماده منظور از مشروع، عدم منع قانونی آن است (مستنبط از ماده ۳۴۸ ق.م در مورد مبیع).

ماده ۱ فصل اول قانون بانکداری اسلامی ایران نمونه تصریح قانونگذار به جهت معامله به شرح ذیل است:

۱- استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی)، به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت رشد و سلامت اقتصادی کشور؛

۳. «جهت» امر ذهنی با عنوان هدف و انگیزه معامله است که قبل از معامله در متعاملین پیدا می شود و سبب انجام معامله است. هر معامله دارای جهتی است؛ مثلاً جهت بیع اتومبیل نزد بائع ممکن است خرید اتومبیل دیگر، اجاره دادن آن و یا قاچاق مواد مخدر باشد همانطور که فروشنده خانه ممکن است خانه خویش را برای تأدیة دیونش یا سفر و یا خرید منزلی بهتر به فروش برساند برخلاف علت معامله فروش خانه که در تمامی موارد نام برده یکی است و آن به دست آوردن ثمن برای فروشنده و تملک خانه برای خریدار است. در واقع جهت امری ذهنی و معنوی است و در هر معامله فرق دارد بر خلاف علت که امری مادی و در تمامی افراد یک نوع معامله، یکی است (بروجردی، ۲۶۵/۲ و امامی، ۲۲۱/۱-۲۲۲).

۲- فعالیت در جهت تحقق اهداف، سیاست ها و برنامه های اقتصادی کشور؛

۳- ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش تعاون عمومی و قرض الحسنه از طریق جلب و جذب وجوه ... و تجهیز آن در جهت تأمین شرایط کار و سرمایه گذاری به منظور اجرای بند ۲ و ۹ اصل ۴۳ ق.ا.

اصل ۴۳ ق.ا مربوط به اقتصاد و امور مالی است. در این اصل تصریح شده که اقتصاد جمهوری اسلامی ایران طبق ضوابط اسلامی برای تأمین استقلال اقتصادی و رفع نیازهای اساسی افراد استوار می باشد.

بند ۱ اصل ۴۳ ق.ا- در ارتباط با قانون بانکداری اسلامی - به تأمین نیازهای اساسی چون مسکن، خوراک، پوشاک و ... تصریح می نماید که موضوع قراردادهای قرض الحسنه و قراردادهای انتفاعی - بر طبق آنچه که در آیین نامه قید شده - نیز به موازات تأمین نیازهای تصریح شده در این بند از قانون اساسی است.

در بند ۲ اصل مزبور تأکید شده است به تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه افرادی که قادر به کار هستند ولی وسایل کار را ندارند، به شکل تعاونی و از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگری [مانند تسهیلات انتفاعی] با این قید که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست فرد یا گروهی خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ درآورد.

در بند ۵ و ۶ اصل فوق به ممنوعیت اضرار به غیر، انحصار، احتکار، ربا و معامله حرام نظیر اسراف و تبذیر در همه شئون اقتصادی اعم از مصرف، سرمایه گذاری، تولید، توزیع و خدمات تصریح شده است.

و در بند ۹ اصل نام برده بر افزایش تولید کشاورزی، دامی و صنعتی تأکید شده است تا نیازهای عمومی تأمین گردد و کشور به مرحله خودکفایی برسد و از وابستگی رها یابد.

از تطبیق اهداف مقید در فصل اول قانون بانکداری بدون ربا با مطالب مندرج در اصل ۴۳ ق.ا این مهم ثابت می گردد که معامله بانکی، صرف انتقال اوراق نقدی و غیر نقدی (مانند اوراق تجاری) برای تحصیل سود نیست بلکه جریان منابع بانکی با تأکید قانون اساسی و اهداف خود قانون بانکداری بدون ربا در مسیر تحقق حق و عدل و بر اساس اصول و موازین اسلامی و استقلال اقتصادی کشور و نیز تأمین مصالح عمومی جامعه خواهد بود. تحقق عدالت در جریان دادوستد مالی به ویژه معامله پولی نیز جز با حاکمیت اصل مشارکت در سود و زیان امکان نخواهد بود؛ زیرا این اصل به دلیل تبعیت نما از اصل سرمایه، موافق با عدالت و نقطه مقابل ظلم است.

نیز تعیین قانونی جهت معامله بانکی سبب گردیده تا این نوع معامله، کارکرد صحیح خود را با حاکمیت اصل مشارکت در تخصیص بهینه منابع پولی بانک در بخش واقعی اقتصاد (و نه صرف بخش پولی و اعتباری) جهت تحقق اهداف اقتصادی اسلام چون عدالت اجتماعی و تأمین مصالح عمومی جامعه داشته باشد.

اهداف تحقیق

با توجه به کلیات فوق، بررسی تسهیلات بانکی از زاویه تغییر در مالیت موضوع قرارداد و یا اعمال شرط ضمان فاسد نسبت به موضوع قرارداد باعث می گردد تا عناصر اصلی تأثیرگذار بر اجرای صحیح قراردادهای بانکی به ویژه لزوم مالیت موضوع و اهمیت اصولی قرارداد مشخص شود چرا که هر قرارداد بانکی با مراعات عناصر صحت خود می تواند در امور اقتصادی، کاربرد مناسبی از خود ارائه دهد اما اگر این عناصر بخواهد رعایت نشود در این صورت نمی توان از این قراردادها انتظار تحقق اهداف اقتصادی اسلام به ویژه در نظام بانکی را داشت ولو بخواهیم از قراردادهای نوظهور مانند صکوک مرابحه، صکوک مشارکت و یا از قرارداد صلح استفاده کرد.

در نتیجه، این مسئله که تغییر در موضوع قرارداد از حوزه حقیقی اقتصاد به حوزه صرف پولی آن تا چه اندازه می تواند صحت این قراردادها را خدشه دار نماید، مهم جلوه می نماید تا نگاه واسطی به اوراق تجاری بشود و نه نگاهی که آن را هدف نهایی؛ یعنی سرمایه و کالا ارزیابی نماید.

همچنین توجه بیش از پیش به نوع شرط مندرج در انعقاد قرارداد، اهمیت اقتصادی معاملات را در رسیدن به بازدهی مشروع، واقعی و سازنده سرمایه در جهات قانونی آن آشکار می سازد.

بانک و اصول تصرف مالی آن

* بانک و تصرف مالی آن

* اصول تصرف مالی بانک