



دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

عنوان:

چالش‌های فقهی و حقوقی سوده‌های بانکی با تاکید بر رویه قضایی

نگارش:

محمد رضا حسینی



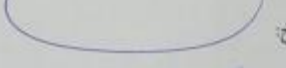
استاد راهنما:

دکتر ابوالقاسم خدادی

زمستان ۱۳۹۸

شماره: تاریخ:	اظهارنامه دانشجو	 دانشگاه شاهد
------------------	------------------	---

اینجناب محمدرضا حسینی دانشجوی کارشناسی ارشد رشته / دکتری رشته حقوق.....
 (Ph.D) / دستیاری تخصصی گرایش خصوصی..... دانشکده دانشگاه
 شاهد، گواهی می‌دهم که پایان‌نامه / رساله تدوین شده حاضر با عنوان:
 ".....چالش‌های فقهی و حقوقی سود های بانکی با تأکید بر روبه قضایی....."
 به راهنمایی استاد محترم جناب آقایابوالقاسم خدادی..... توسط شخص اینجناب انجام و
 صحت و اصالت مطالب تدوین شده در آن، مورد تأیید است و چنان چه هر زمان، دانشگاه کسب اطلاع کند که
 گزارش پایان‌نامه / رساله حاضر صحت و اصالت لازم را نداشته، دانشگاه حق دارد، مدرک تحصیلی اینجناب را
 مسترد و ابطال نماید؛ همچنین اعلام می‌دارد در صورت بهره‌گیری از منابع مختلف شامل: گزارش‌های
 تحقیقاتی، رساله، پایان‌نامه، کتاب، مقالات تخصصی و غیره، به منبع مورد استفاده و دید آورنده آن به طور
 دقیق ارجاع داده شده و نیز مطالب مندرج در پایان‌نامه / رساله حاضر تاکنون برای دریافت هیچ نوع مدرک یا
 امتیازی توسط اینجناب و یا سایر افراد به هیچ کجا ارائه نشده است. در تدوین متن پایان‌نامه / رساله حاضر،
 چارجوب (فرمت) مصوب تدوین گزارش‌های پژوهشی تحصیلات تکمیلی دانشگاه شاهد به طور کامل مراعات
 شده و نهایتاً این که، کلیه حقوق مادی ناشی از گزارش پایان‌نامه / رساله حاضر، متعلق به دانشگاه شاهد می-
 باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو (دست‌نویس): 
 امضاء دانشجو: 
 تاریخ: 
 ۹۹/۵/۲۸



معاونت پژوهش و فناوری دانشکده علوم انسانی صورتجلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد

جلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد جناب آقای محمدرضا حسینی دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی به شماره دانشجویی ۹۵۷۵۶۱۵۰۱ به ارزش ۵ واحد راس ساعت ۹ صبح مورخ ۹۸/۱۰/۳۰ در محل سالن دفاع دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهرود.

تحت عنوان:

"جائش های فقهی و حقوقی سوده های بانگی یا تاکید بر روزه قضایی"

تشکیل گردید.

کمیته داوران پایان نامه کارشناسی ارشد، پس از استماع دفاعیات و طرح پرسش های لازم در زمینه علمی و تحقیقاتی مرتبط با پایان نامه نامبرده، ارزشیابی نهایی خود را به شرح ذیل اعلام نمودند:

پایان نامه نامبرده در جلسه دفاع با نمره (۵) (به عدد) و «نیز در صورتی که حروف» و با درجه «مورد تاکید قرار گرفت انگرفت.

بازر تأییدیه شماره مورخ معاون پژوهش دانشکده نمره پژوهشی اختصاص یافته به نامبرده (به عدد) ،
به حروف « بی باشد و نمره نهایی پایان نامه دانشجو (به عدد) و (به حروف) و با درجه
مورد تأیید می باشد.

زیرت امضاء معاون پژوهش
نامبرده

تاییدات طی نامه ۳۳ این نامه آموزشی دوره کارشناسی ارشد شماره ۵۵۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ شورای عالی بر پایه ارزی آموزشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
شماره ۵۵۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۲

اعضای کمیته داوران پایان نامه کارشناسی ارشد				
عنوان	نام و نام خانوادگی	مرتب علمی	نام دانشگاه	امضاء
استاد راهنمای اول	دکتر ابوالقاسم خدایی	استادیار	شاهرود	
استاد راهنمای دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
داور داخلی	دکتر سیامک گرم زاده	استادیار	شاهرود	
داور داخلی دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
داور خارجی	دکتر محمدرضا پندشته پور	استادیار	-	
داور خارجی دوم (در صورت وجود)	-	-	-	-
نماینده تحصیلات تکمیلی (بدون نمره)	دکتر محمدحسین میرزاحمدی	دانشیار	شاهرود	

باساس از سه وجود مقدس :

آنان که ناتوان شدند تا ما به توانایی برسیم ...

موباشان سپید شد تا ما رو سفید شویم ...

و عاشقان سوختند تا کرم بخش وجود ما و رو همسگر رهبان باشند ...

پدرانمان

مادرانمان

استادانمان

تقدیر و سپاسگزاری

«من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق»

پس از حمد و سپاس خداوند متعال که توفیق تهیه این تحقیق را به اینجانب داد و با استعانت از حضرت ولی عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف، اینک که مراحل نگارش این پایان نامه به اتمام می‌رسد، بر خود فرض می‌دانم از زحمات تمام اساتیدی که در طول سال‌های تحصیل در دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد از محضر درس آنها بهره برده‌ام، تشکر و قدردانی نمایم؛ علی‌الخصوص مراتب سپاس و قدردانی ویژه‌ی خود را نسبت به استاد محترم جناب آقای دکتر ابوالقاسم خدادی که راهنمایی اینجانب را پذیرفته و در طول مراحل انجام تحقیق با رهنمودها و ارشادات ارزشمندشان مرا حمایت کرده‌اند ابراز نمایم.

محمد رضا حسینی

زمستان ۱۳۹۸

چکیده

از آنجایی ربا حرام مسلم در شریعت مقدس اسلام می‌باشد؛ یکی از موضوعاتی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی با قید فوریت نسبت بدان تصمیم‌گیری به عمل آمد و منتج به حذف نظام بانکداری ربوی و ایجاد نظام بانکداری اسلامی گردید، قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ می‌باشد. با گذشت چند دهه از تصویب این قانون، علی‌رغم آنکه توانسته دستاوردهای مثبتی داشته باشد، ولی در عین حال مشکلات و نارسایی‌های فراوانی به همراه خویش داشته است، صوری گردیدن بسیاری از قراردادهای بانکی، یکی از خطرناک‌ترین بیماری‌هایی است که نظام بانکی کشور نسبت بدان مبتلا شده است. شایبه ربوی بودن سودهای بانکی در سال‌های اخیر به میزانی جدی شده است که حتی برخی از مراجع عظام تقلید، حکم بر حرمت حقوق کارمندان بانک‌ها نموده‌اند. یکی از مهم‌ترین چالش‌های موجود در خصوص سودهای بانکی، تسویه قرار دادهای بانکی از طریق انعقاد قرار دادهایی همچون قرار داد مشارکت مدنی می‌باشد، در حالی این نوع از تسویه قراردادها به صورت رویه متداول گشته، که شورای پول و اعتبار بانک مرکزی صراحتاً، تسویه تسهیلات به موجب انعقاد قرار جدید را ممنوع اعلام کرده است. در این تحقیق سعی نگارنده بر آن است که ضمن بررسی حقوقی و فقهی چالش‌های سودهای بانکی که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، تسویه تسهیلات به موجب انعقاد قرار داد جدید می‌باشد، جایگاه و وضعیت قراردادهایی همچون قرار داد مشارکت مدنی که در راستای تسویه تسهیلات می‌باشد، را تحلیل نماید. در خصوص این موضوع به آراء و رویه قضایی نیز توجه گردیده شده است.

واژگان کلیدی: بانکداری اسلامی، ربا، عملیات بانکی، فقه اسلامی

فهرست مطالب

مقدمه	۱
۱-۱ بیان مسئله	۱
۲-۱ اهمیت و ضرورت تحقیق	۳
۳-۱ اهداف تحقیق	۳
۴-۱ فرضیه‌ها و سولات تحقیق	۴
۵-۱ مبانی نظری و پیشینه تحقیق	۴
۶-۱ روش تحقیق	۹
فصل اول: مفاهیم اساسی	۱۱
مبحث اول: پیشینه بانکداری در ایران و جهان	۱۲
گفتار اول: پیشینه بانکداری در جهان	۱۲
گفتار دوم: پیشینه بانکداری در ایران	۱۴
گفتار سوم: تحول قانون گذاری بانکی در ایران	۱۶
مبحث دوم: منابع حقوق بانکی	۲۰
گفتار اول: قانون	۲۰
گفتار دوم: آیین نامه‌ها و بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها	۲۱
گفتار سوم: منابع فقهی و شرعی	۲۱
مبحث سوم: اداره، نظارت، بازرسی و سیاست گذاری پولی و بانکی	۲۲
گفتار اول: اوصاف بانک مرکزی	۲۲
گفتار دوم: اهداف بانک مرکزی	۲۲
گفتار سوم: ارکان بانک مرکزی	۲۳
فصل دوم: انعقاد و اجرای قراردادهای بانکی	۲۵
مبحث اول: بانکداری اسلامی	۲۶
گفتار اول: تعریف بانکداری اسلامی	۲۶
گفتار دوم: اهداف بانکداری اسلامی	۲۷
گفتار سوم: ویژگی بانکداری اسلامی	۲۷
گفتار چهارم: اصول بانکداری اسلامی	۲۸

۳۲	مبحث دوم: انعقاد قرار دادهای بانکی
۳۳	گفتار اول: قرار دادهای تجهیز منابع بانکی
۳۵	گفتار دوم: تخصیص منابع
۴۱	گفتار سوم: شرایط اساسی صحت قراردادهای بانکی
۴۲	مبحث سوم: چالش‌های موجود در مرحله انعقاد قرار دادهای بانکی
۴۳	گفتار اول: بطلان قراردادهای بانکی به دلیل فقدان قصد
۴۸	گفتار دوم: بطلان عقد به لحاظ شروط مندرج در قرارداد
۶۰	گفتار سوم: نظریه صحت قراردادهای بانکی
۶۳	مبحث چهارم اجرای قراردادهای بانکی
۶۶	گفتار دوم، هدف از امهال
۶۹	گفتار چهارم، تصویب قوانین جدید با رویکرد تسهیل تسویه بدهکاران بانکی
۷۵	فصل سوم: تسویه تسهیلات
۷۶	مبحث اول: چالش‌های موجود در راستای تسویه قراردادهای بانکی
۷۷	گفتار اول: صحت قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات قبلی
۸۵	گفتار دوم: بطلان قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات بانکی
۸۷	گفتار سوم: تجزیه و تحلیل در خصوص انعقاد قرار داد جدید به منظور تسویه قرار داد سابق
۹۳	نتیجه گیری
۹۵	پیشنهادات
۹۶	فهرست منابع

۱-۱ بیان مسئله

در نظام حقوقی ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی با توجه به اصل چهارم قانون اساسی مبنی بر تبعیت کلیه قوانین با شرع مقدس اسلام، تلاش‌هایی در جهت تطبیق قوانین سابق و همچنین تصویب قوانین جدید با شرع صورت گرفته است، از آن جایی که حرمت ربا یکی از مهمترین اصول حاکم در حقوق اسلامی می‌باشد به عنوان نخستین اقدام قانونی در جهت اسلامی نمودن بانکداری و حذف نظام بانکی مبتنی بر بهره، مجلس شورای اسلامی در تبصره ۵۴ قانون بودجه سال ۱۳۶۰ مصوب ۱۳۶۰/۵/۷ مقرر می‌داشت: دولت موظف است از تاریخ تصویب این قانون برای حذف ربا از سیستم و اصلاح سیستم بانکی در اسرع وقت مطالعات لازم را انجام دهد و لوایح مربوط را به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند، به هر حال این مطالعات و بررسی و تحلیل لایحه نباید از شش ماه تجاوز کند.

قانون عملیات بانکی بدون ربا که امروز مرجع قانون معاملات بانکی در کشورمان به شمار می‌آید در سال ۱۳۶۲ پس از جلسات متعدد کمیسیونی از نمایندگان و برخی از مجتهدان و علمای اقتصاد به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، (السان، ۱۳۹۵: ۸۲) به نظر می‌رسد در تهیه و تصویب این قانون قدری شتابزدگی صورت گرفته شده است. تجربه بیش از سه دهه از قانون عملیات بانکی بدون ربا بر اساس الگوی فعلی نشان می‌دهد، این الگو در عین حال که کامیابی‌هایی داشته است، مشکلات و نارسایی‌هایی همچون تعدد و پیچیده بودن عقود، صوری بودن عملکرد بسیاری از بانک‌ها، عدم آموزش کافی به کارکنان بانک در نتیجه عدم تسلط آن‌ها در جهت تشخیص ماهیت عقود، در خود دارا می‌باشد. حال از آنجایی که تنها شیوه بانکداری در ایران بانکداری اسلامی می‌باشد پس از شناخت اصول بنیادین بانکداری اسلامی، مهم‌ترین مسئله‌ای که به لحاظ کاربردی اهمیت بسیاری بالایی دارد، سازگاری تمام روابط با فقه اسلامی است. در واقع لازم است در بانکداری اسلامی هر نوع رابطه‌ای که بین ذینفعان برقرار می‌گردد به لحاظ فقه اسلامی بدون اشکال باشد (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷: ۴۵).

سازگاری با فقه اسلامی دارای دو بعد تقنینی (تصویب قوانین موافق شرع، توسط مجلس و جلوگیری از تصویب قوانین مغایر شرع، توسط شورای نگهبان) و قضایی (مستند به مواد ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی، دادگاه نمی‌تواند قرار دادهای خلاف نظم عمومی را به موقع اجرا بگذارد) می‌باشد. قانون عملیات بانکی بدون ربا سعی دارد برای پرهیز از ربا، با استفاده از قالب‌های گوناگون از جمله انعقاد قرار دادهای مشارکتی و مبادلاتی از این ممنوع شرعی اجتناب کند.

فرایند دریافت تسهیلات توسط مشتری، شامل سه بخش، انعقاد قرار داد، اجرای قرارداد، تسویه قرارداد می‌باشد. برای هر یک از این بخش‌ها، یکسری از چالش‌های فقهی و حقوقی به شرح ذیل متصور می‌باشد:

در مرحله انعقاد قرار داد، نخستین مبحثی که وجود دارد این است که آیا طرفین قرارداد، در خصوص عنوان، موضوع و محتوای قرار داد، وحدت قصد دارند یا خیر؟ مبحث بعدی شروط مندرج در قرار داد با مقتضای قرارداد سازگاری دارد؟

در مرحله اجرای قرارداد، بحث این است که آیا اجرای قرارداد، موافق با قوانین و مقررات موضوعه صورت می‌گیرد یا خیر؟ به عنوان مثال در قرار داد مشارکت، در صورت وقوع زیان، آیا این خسارت به بانک هم تحمیل می‌شود و یا این که بانک حسب شروط مندرج، زیان شامل وی نمی‌شود؟

در مرحله تسویه قرارداد، رویه عملی بسیاری از بانک‌ها در تسویه قرار داد، انعقاد قرار جدید به این شرح می‌باشد که بانک پس از تعیین رقم کل بدهی مشتری، اعم از اصل وام، خسارات تأخیر تأدیه و وجه التزام، به همان میزان در قالب قرار داد جدید مبادرت به انعقاد قرار داد نموده و پس از واریزی مبلغ به حساب مشتری، عینان را جهت قرارداد اول برداشت می‌نماید. این رویه از دو جهت دارای اشکال است، یکان که شایبه ربح مرکب وجود دارد و دوم آنکه بر اساس مصوبات شورای پولی و بانکی و همچون دستور العمل‌های بانک مرکزی، تسویه قرارداد به موجب انعقاد قرارداد جدید ممنوع می‌باشد، که اثر حقوقی این ممنوعیت به صورت مفصل در پایان نامه بحث می‌گردد.

حال در این پایان نامه سعی نگارنده بر آن است موضوعات فوق الذکر به تفصیل بررسی گردد و به عبارت دقیق‌تر پرسش اصلی این می‌باشد، که چالش‌های فقهی و حقوقی سودهای بانکی از حیث ربوی و غرری بودن چیست؟

۱-۲ اهمیت و ضرورت تحقیق

در سالهای اخیر با توجه به تحریم‌های متعددی که نسبت به کشور ما وضع گردیده و بخشی از این تحریم‌ها مربوط به سیستم بانکی می‌باشد، عملاً تولیدکنندگان و فعالان اقتصادی با بحران‌های بسیار بزرگی مواجه شده‌اند و لذا این تحریم‌ها منجر شده است که بسیاری از فعالان اقتصادی که شغل اصلی‌شان صادرات کالای ایرانی به سایر کشورها بوده است، با ورشکستگی روبرو شوند و یا این که با حداقل توان به فعالیت خویش ادامه دهند. لذا در حال حاضر چشم امید تمامی فعالان اقتصادی به مساعدت‌های دولت به آن‌هاست و از آن جایی که خود دولت هم با مشکلاتی که از ناحیه تحریم‌ها ایجاد شده است، دست به گریبان است، قادر به پرداخت وام‌های بلند مدت با نرخ بهره کم به تمامی تولیدکنندگان نیست پس باید افراد به بانک‌های دولتی و خصوصی مراجعه کنند و درخواست وام‌های معمولی بنمایند و مشکل از همین نقطه شروع می‌شود و خود همین سوده‌های بانکی مشکلات بسیار بزرگی را پدید می‌آورد و حتی بعضاً منجر به ورشکستگی بنگاه داران اقتصادی می‌شود که تبعات منحل شدن هر کارخانه منجر به افزایش فقر و بیکاری در جامعه می‌شود. همچنین متضررین سوده‌های بانکی الزاماً تولید کنندگان نمی‌باشند و در خیلی از موارد افراد ضعیف جامعه می‌باشند که این سوده‌های بانکی موجب نابودی زندگیان‌ها شده است. موارد ذکر شده از یک سو و از سوی دیگر همین سوده‌های بانکی منجر به کاهش تمایل مردم به سرمایه گذاری در زمینه‌هایی همچون بورس شده است و خود این امر هم، نتیجه‌ای جز تباهی بسیاری از فرصت‌های شغلی نداشته است. پس خطر شیوع ربا در جامعه و سیستم بانکی بسیار خطر بزرگی است، زیرا ربا باعث نابودی اقتصاد می‌شود و به تبعان کشور نابود می‌شود. پس لازم است اساتید و اندیشمندان علم حقوق و علم اقتصاد در فکر چاره‌ای برای حذف موضوع ربا از جامعه و به خصوص سوده‌های بانکی بنمایند.

۱-۳ اهداف تحقیق

هدف اصلی:

تبیین چالش‌های فقهی و حقوقی سودهای بانکی در نظام حقوقی ایران

هدف فرعی:

۱- تحلیل قرار دادهای مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا و بررسی چالش‌های حقوقی موجود در آن

۲- تحلیل شبهات فقهی سود ربح مرکب در تسویه تسهیلات قراردادهای بانکی

۱-۴ فرضیه‌ها و سولات تحقیق

سؤال اصلی:

چالش‌های فقهی و حقوقی سودهای بانکی چیست؟

سوالات فرعی:

۱. انواع قراردادهای بانکی مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا با چه چالش‌های حقوقی

مواجهه است؟

۲. چالش‌های فقهی و حقوقی تسویه تسهیلات بانکی به وسیله قرار داد جدید چیست؟

۱-۵ مبانی نظری و پیشینه تحقیق

مبانی نظری:

حرمت ربا که یکی ضوابط عمومی قراردادهاست، اهمیت و اثر گذاری زیادی در اقتصاد اسلامی دارد و این موضوع ضرورت پرداختن عمیق‌تر به این مسئله را توجیه می‌نماید، در واقع به جرئت می‌توان گفت اصلی‌ترین چالش نظام بانکی متعارف، مسئله ربا بوده و لذا یکی از بنیان‌های، تشکیل دانش بانک اسلامی و تأسیس بانک‌های اسلامی ممنوعیت بهره بانکی است (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷: ۱۰۷) روابط بانک‌ها با مشتریان و با همدیگر اصولاً مبتنی بر قرار داد می‌باشد، قرار داد توافقی الزام آور است در حق دو یا چند طرف که با تراضی آن را منعقد می‌نمایند و بر اساسان

حسب نوع و شرایط قرارداد هرطرف دارای حق، تکلیف یا حق و تکلیف می‌گردد. همانند سایر قراردادها، اصل بر این است که تشریفات خاصی برای انعقاد قراردادهای بانکی مورد نیاز نیست، مگر این که در مورد خاص، قانون این امر لازم بداند. (السان، ۱۳۹۵: ۱۰۹).

پس از شناخت اصول بنیادین بانکداری و تأمین مالی اسلامی، مهم‌ترین مسئله‌ای که به لحاظ کاربردی اهمیت بسیار بالایی در بانکداری و مالی اسلامی دارد و یکی از ویژگی‌های اصلی این نوع بانکداری به حساب می‌آید، سازگاری کامل تمام روابط با فقه اسلامی است. در واقع لازم است در بانکداری اسلامی، هر نوع رابطه‌ای که بین ذینفعان برقرار می‌گردد به لحاظ فقه اسلامی بدون اشکال باشد. ضوابط فقهی و عمومی اصول عامی بوده است که لازم است در تمام معاملات وجود داشته باشد و نبود آن‌ها به باطل بودن معامله و حرمت تصرف در اموال می‌انجامد (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷: ۴۶).

مفهومی که امروزه رواج دارد در صدر اسلام وجود نداشته است. به عبارت دیگر در کشورهای اسلامی، بانکداری نوین، یکی از دستاوردها و در عین حال لوازم اقتصاد مدرن محسوب می‌شود. در اندیشه اسلامی تفاوتی میان مذهب و زندگی اجتماعی وجود ندارد بنابراین شریعت اسلامی نه تنها جنبه‌های عبادی، بلکه تمام ابعاد اقتصادی اجتماعی زندگی مردم را تحت پوشش قواعد خود قرار می‌دهد از این رو بانکداری اسلامی یک نظام بانکی بر اساس اعتقادات است (السان، ۱۳۹۵: ۸۱).

به اختصار می‌توان گفت قانون عملیات بانکی بدون ربا، ربا، ایران فعالیت‌های اصلی بانک‌های عامل (اعم از بانک‌های تجاری تخصصی و سایر موسسه‌های اعتباری غیر بانکی) را در سه قسمت تجهیز منابع پولی، تخصیص منابع پولی و خدمات بانکی ارزیابی می‌کند. بدون شک قانون عملیات بانکی بدون ربا مهم‌ترین تحول مربوط به اجرای بانکداری اسلامی در ایران است. این قانون جزء قوانین مرجع محسوب می‌شود و سایر مقررات اعم از آیین‌نامه‌ها و دستور العمل‌ها، عملاً شیوه اجرایی قانون را بیان می‌کند. از تاریخ شروع اجرای این قانون به بعد کلیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری فعال در بازار پول ایران به لحاظ فعالیت حقوقی، اسلامی و نظام یکپارچه بانکداری اسلامی در ایران برقرار شد. (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷: ۹۴).

قانون عملیات بانکی بدون ربا سعی دارد برای پرهیز از ربا، با استفاده از قالب‌های گوناگون از جمله انعقاد قرار دادهای مشارکتی و مبادلاتی از این ممنوع شرعی اجتناب کند.

فرایند دریافت تسهیلات توسط مشتری، شامل سه بخش، انعقاد قرار داد، اجرای قرارداد، تسویه قرارداد می‌باشد. برای هر یک از این بخش‌ها، یکسری از چالش‌های فقهی و حقوقی به شرح ذیل متصور می‌باشد:

در مرحله انعقاد قرار داد، نخستین مبحثی که وجود دارد این است که آیا طرفین قرارداد، در خصوص عنوان، موضوع و محتوای قرار داد، وحدت قصد وجود دارد یا خیر؟ مبحث بعدی شروط مندرج در قرار داد با مقتضای قرارداد سازگاری دارد؟

در مرحله اجرای قرارداد، بحث این است که آیا اجرای قرارداد، موافق با قوانین و مقررات موضوعه صورت می‌گیرد یا خیر؟ به عنوان مثال در قرار داد مشارکت، در صورت وقوع زیان، آیا این خسارت به بانک هم تحمیل می‌شود و یا این که بانک حسب شروط مندرج، زیان شامل وی نمی‌شود؟

در مرحله تسویه قرارداد، رویه عملی بسیاری از بانک‌ها در تسویه قرار داد، انعقاد قرار جدید به این شرح می‌باشد که بانک پس از تعیین رقم کل بدهی مشتری، اعم از اصل وام، خسارات تأخیر تأدیه و وجه التزام، به همان میزان در قالب قرار داد جدید مبادرت به انعقاد قرار داد نموده و پس از واریزی مبلغ به حساب مشتری، عینان را جهت قرارداد اول برداشت می‌نماید. این رویه از دو جهت دارای اشکال است، یکان که شایبه ربح مرکب وجود دارد و دوم آنکه بر اساس مصوبات شورای پولی و بانکی و همچون دستور العمل های بانک مرکزی، تسویه قرارداد به موجب انعقاد قرارداد جدید ممنوع می‌باشد، که اثر حقوقی این ممنوعیت به صورت مفصل در پایان نامه بحث می‌گردد.

پیشینه:

عباس کریمی و یاسر مرادی در مقاله سو استفاده از شروط قرار دادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا:

امروزه بانک‌ها برای اعطای تسهیلات به مشتریان خود از قالبهای مختلفی استفاده می‌کنند که استفاده از عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود در سالیان اخیر به دلایل متعدد، رشد بسیار چشم گیری داشته است. مشارکت مدنی یکی از روش‌ها تأمین مالی فعالیت‌های اقتصادی مورد تایید بانکداری اسلامی می‌باشد که بر اساس مبنای فقهی آن از در هم آمیختن سرمایه شرکاء شکل

می‌گیرد و همه شرکا حق دخالت و نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی و مدیریت آن را دارند، از جمله اساسی‌ترین مفاهیم قرار داد مشارکت، تقسیم سود زیان در انتهای فعالیت اقتصادی یا قرار داد، به نسبت سرمایه هر کدام از شرکا است. این در حالی است که آن سؤال مطرح می‌شود که آیا بانک‌ها در قرار دادهای منعقد با مشتریان خود، در قالب شروط ضمن عقد از موقعیت برتر خود و موضع ضعیف مشتریان سوءاستفاده کرده و شروطی بر خلاف اصول بانکداری به مشتریان تحمیل می‌کنند؟ ما در این تحقیق به دنبال پاسخ به این سؤال، به بررسی تمامی شروط ضمن عقد مشارکت مدنی در بانک‌ها و مقایسه آن با قوانین اتحادیه اروپا پرداختیم که نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که در زمینه تقسیم سود و زیان، لازم بودن عقد در عین جواز آن برای بانک و الزام مشتری به خرید سهم شرکت بانک شروط تحمیلی در قرار داد فی مابین درج شده است و اتحادیه اروپا نیز وضع چنین شروطی را علیه مشتریان را تجویز نمی‌نماید.

سید عباس موسویان در مقاله ارزیابی قرار دادها و شیوه اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا:

گذشت بیش از بیست سال از قانون اجرای بانکداری بدون ربا، فرصت مناسبی برای مطالعه و ارزیابی این نظام بانکی است. یکی از ابعاد مهم آن، بحث اعطای تسهیلات و تخصیص منابع است. با تغییر قانون بانکداری ایران و حذف اعطای وام و اعتبار بر اساس قرار قرض بابت بهره‌های دیگری برای تخصیص منابع جایگزین شد که در یک تقسیم بندی کلی می‌توان به چهار گروه قرض الحسنه، قراردادهای مبادله‌ای، قراردادهای مشارکتی و سرمایه گذاری مستقیم، تقسیم کرد. مطالعه عملکرد این روش نشان می‌دهد که فقط قرار دادهای مبادله‌ای با ماهیت بانک‌ها تجاری و با اهداف و سلیقه‌های متقاضیان تسهیلات بانکی سازگار است، در نتیجه الزام بانک یا مشتریان به سایر قراردادهای باعث اتلاف منابع بانک‌های تجاری و صوری شدن قرار داد می‌گردد.

مهدی قائمی اصل در مقاله‌ی بررسی عوامل تعیین کننده سود خالص در بانکداری بدون ربا با تاکید بر تفاوت سود قطعی و علی الحساب چاپ شده در فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات اقتصادی اسلامی:

بر اساس قانون بانکداری بدون ربا، بانک مجاز است سپرده‌هایی که نزد بانک به امانت گذاشته می‌شود را به وکالت یا وصایت از سپرده گذار در طرح‌های سود ده به کار برده و در پایان سال مالی، سود حاصله از فرایند اقتصادی را پس از کسر حق الوکاله و مالیات‌های متعلقه بین خود و سپرده گذار، تقسیم نماید. مهم‌ترین ویژگی قانون بانکداری بدون ربا، تغییر نظام تجهیز و تخصیص منابع، معرفی عقد مشارکتی و مبادله‌ای و حذف ربا از نظام بانکی در کنار جایگزین نمودن نرخ سود علی الحساب در عقود با بازدهی متغیر است. در این پژوهش به منظور ارزیابی اهمیت عملکرد مطابق قانون بانکداری بدون ربا در سود آوری بانکهای سیستم بانکی ایران، عوامل مؤثر بر سود بانکها در دوره ۱۳۸۶-۱۳۹۲ مورد بررسی قرار گرفته است. بر اساس نتایج پژوهش با افزایش یک درصدی در تفاوت سود علی الحساب و قطعی، سود خالص بانکها ۱۱ درصد افزایش خواهد داشت که رغم قابل توجهی است. به عبارت دیگر عملکرد بانکها بر اساس این اصل مهم بانکداری، بدون ربا باشد، نه تنها تأثیر منفی بر سود دهی خالص بانکها نخواهد داشت بلکه منجر به افزایش سود خالص نیز خواهد شد. به علاوه عملکرد قانون مدار و کارآمد بانک در اعطای واقعی سود الحساب و محاسبه رقم قطعی این سود در پایان دوره می‌تواند مشوق بزرگی برای جذب منابع بانکی باشد و شبه نزدیک شدن ماهیت برخی از عقود با بازدهی متغیر به قراردادهای ربوی را از میان بردارد.

جمع بندی:

در خصوص حقوق بانکی و به الاخص بانکداری اسلامی، مقالات بسیار زیادی به قلم تحریر در آمده و سه کتاب مهم هم در این زمینه موجود می‌باشد اما بسیاری از مقالات، از مباحث نظری فراتر نرفته و بررسی چالش‌های موجود در نظام بانکداری به خصوص در بحث قراردادهای تسهیلات بانکی، مغفول مانده شده است. به عنوان مثال در کتاب بانکداری اسلامی نوشته آقایان سید عباس موسویان و حسین میثمی که توسط پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی به چاپ رسیده است، در حد عنوان قراردادهای تسهیلات بانکی اکتفا شده است و چالش‌های فقهی و حقوقی این قرار دادها، که مهم‌ترین مشکل حال حاضر سیستم بانکداری اسلامی می‌باشد، هیچ گونه بررسی نسبت به آن نشده است.

آنچه که باعث تمایز این تحقیق با سایر تحقیق‌ها می‌گردد، به شرح ذیل است:

- ۱- بررسی فقهی و حقوقی توامان با هم انجام شده است.
- ۲- مبحث چالشهای فقهی و حقوقی قراردادهای بانکی در سه بخش، انعقاد-اجرا-تسویه، تفکیک شده است.
- ۳- بخش رویه قضایی که بسیا مهم می‌باشد، در پایان نامه آورده شده و آراء مربوطه جمع آوری گردیده شده است.

۶-۱ روش تحقیق

روش تحقیق اسنادی با رویکرد توصیفی تحلیلی می‌باشد، که در این راستا از استفاده از کتب حقوقی و اقتصادی، مقالات موجود در هر دو زمینه حقوق و اقتصاد فروگذار نگردیده است. همچنین تلاش خواهد شد که حتی الامکان از اسناد جدیدتر و به روز تر استفاده خواهد گردد.

فصل اول: مفاهیم اساسی

مبحث اول: پیشینه بانکداری در ایران و جهان

مطابق با قسمت یکم فصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین و مقررات مدنی جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد، نیز با توجه به صراحت عنوان و متن قانون عملیات بانکی بدون ربا تنها نوع بانکداری که در کشورمان پذیرفته شده بانکداری اسلامی (بانکداری بدون ربا) است، با این حال به دو دلیل، باید پیش از بررسی پیشینه بانکداری در ایران تاریخچه این فعالیت به طور مختصر در سطح جهان مورد بررسی قرار گیرد:

الف - بانک و بانکداری به لحاظ تشکیلات اداری، بازرسی و نظارت، تأسیسی وارداتی است، به طوری که اندیشه بانک مرکزی و ساختار سازمانی بانکها سابقه غربی دارد و از کشورهای دیگر تقلید و اقتباس شده است.

ب - پیش از انقلاب اسلامی ایران، نظام و قوانین و مقررات حاکم بر بانکداری کشورمان اسلامی نبوده و بر مبنای بانکداری ربوی استوار شده بود. از این نظر نیز مطالعه سیر تحول بانکداری در دنیا ضروری به نظر می‌رسد.

گفتار اول: پیشینه بانکداری در جهان

پیشینه بانکداری در جهان نخستین بانکی که به بانکهای امروزی شباهت داشت، در دهه ۱۱۷۰ در ونیز تأسیس شد. پیش زمینه اندیشه تأسیس بانک، ابداع ورق حواله پول بود، که در برخی از مورد جایگزین پول می‌شد. وقتی که پول برای انتقال به شهر یا کشوری دیگر تحویل صرافان می‌شد، آنان برای مصون ماندن از مخاطراتی همچون سرقت، جعل یا تقلب که پول آن زمان را بیشتر تهدید می‌نمود، به جای آن حواله‌هایی مشابه برات امروز صادر می‌کردند، به نحوی که صراف دیگری در کشور یا شهر مقصد آن حوالجات را قبول و به پول رایج تبدیل می‌کرد. کم کم تجار به فکر سپردن پول اضافی خود به صرافان قابل اعتماد افتادند. این کار در ابتدا با هدف حفظ پول در مکان امن انجام می‌گرفت اما وقتی که صرافان از این پولها برای دادن وام به تجار دیگر یا افراد نیازمند در قبال