





دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تفت

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق

گرایش خصوصی

عنوان

عقود مرابحه و استصناع در نظام بانکی ایران

استاد راهنما

دکتر سید جعفر هاشمی باجگانی

نگارنده

فراتک مؤذن

اسفند ۱۳۹۲

ب

باسمه تعالی
فرم شماره (۲۰)

تاییدیه هیات داوران

بدینوسیله تایید می شود که جلسه ی دفاع از پایان نامه ی آقای / خانم فرانتک مؤذن با عنوان : عقود مباحه واستصناع در نظام بانکی ایران با حضور هیات داوران ذیل تشکیل گردید و هیات داوران پس از مطالعه پایان نامه و شرکت در جلسه دفاع صحت و کفایت تحقیق انجام شده را بر اساس مقررات دانشگاه آزاد اسلامی جهت اعطای درجه کارشناسی ارشد در رشته ی حقوق گرایش خصوصی به نامبرده مورد تایید قرار می دهند.

۱) خانم / آقای دکتر سید جعفرهاشمی باجگانی

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء
۱.۱.۱

۲) خانم / آقای دکتر محمد حسین کریمی

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء
[Signature]

۳) خانم / آقای دکتر موسی پاشابنیاد

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء
[Signature]

۴) خانم / آقای دکتر

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء

تذکر: این فرم باید تایپ شده و در صفحات اول پایان نامه قرار داده شود



به نام خدا

فرم شماره (۲۱)

منشور اخلاق پژوهش

با استعانت از خدای سبحان و با اعتقاد راسخ به اینکه عالم محضر خداست و او همواره ناظر بر اعمال ماست و به منظور انجام شایسته‌ی پژوهش‌های اصیل، تولید دانش جدید و بهسازی زندگانی بشر، ما دانشجویان و اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و پژوهشگاه‌های کشور:

تمام تلاش خود را برای کشف حقیقت و فقط حقیقت به کار خواهیم بست و از هر گونه جعل و تحریف در فعالیت‌های علمی پرهیز می‌کنیم. حقوق پژوهشگران، پژوهیدگان (انسان، حیوان، گیاه و اشیاء)، سازمان‌ها و سایر صاحبان حقوق را به رسمیت می‌شناسیم و در حفظ آن می‌کوشیم. به مالکیت مادی و معنوی آثار پژوهشی ارج می‌نهیم، برای انجام پژوهشی اصیل اهتمام ورزیده از سرقت علمی و ارجاع نامناسب اجتناب می‌کنیم. ضمن پایبندی به انصاف و اجتناب از هر گونه تبعیض و تعصب، در کلیه فعالیت‌های پژوهشی رهیافتی نقادانه اتخاذ خواهیم کرد. ضمن امانت داری، از منابع و امکانات اقتصادی، انسانی و فنی موجود استفاده بهره‌ورانه خواهیم کرد. از انتشار غیراخلاقی نتایج پژوهش نظیر انتشار موازی همپوشان و چندگانه (تکه‌ای) پرهیز می‌کنیم. اصل محرمانه بودن و رازداری را محور تمام فعالیت‌های پژوهشی خود قرار می‌دهیم. در همه فعالیت‌های پژوهشی به منافع ملی توجه کرده و برای تحقق آن می‌کوشیم. خویش را ملزم به رعایت کلیه هنجارهای علمی رشته خود، قوانین و مقررات، سیاست‌های حرفه‌ای، سازمانی، دولتی و راهبردهای ملی در همه مراحل پژوهش می‌دانیم.

رعایت اصول اخلاق در پژوهش را اقدامی فرهنگی می‌دانیم و به منظور بالندگی این فرهنگ، به ترویج و اشاعه‌ی آن در جامعه اهتمام می‌ورزیم.

امضاء دانشجو

امضاء استاد راهنما

مادرم

مادر، مدت‌هاست دلم برای صدایت می تپد و خالی تر از همیشه خود را به صبر می خوانم، از لبخندت

حتی با غمها و یأسهایش محرومم.

می دانی مادر، هیچ موجود زنده ای جز انسان نمی تواند بخندد و من لبخندم، این موهبت الهی را

درسنگینی خاموشی تو گم کرده ام.

مرورگر روزهایی شده ام که با احساس غم در چشم هایم مرا می خنداندى؛ با احساس ترس در وجودم،

مرا با جسارت به پیش می راندی

و با احساس ناچیزی ام، توکل و آینده ای روشن را برایم نوید می دادی و

اکنون.....خاموشی؟!؟!؟!!

ولی نه.....بازهم برایت می گویم که مهترت در دلم گرمی و مقدس است و روح پاک و دستان پر تلاشت،

همواره الهام بخش اهداف زندگی ام خواهد بود.

تقدیم به تو ای اسطوره مهر و محبت

من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق

ذهن ما باغچه ای است

گل در آن باید کاشت

تا نروید علف هرز در آن

زحمت کاشتن یک گل سرخ

کمتر از برداشتن

هرزگی آن علف است

ذهن ما باغچه ای است...

گل در آن باید کاشت...

زمان زیباست، اگر با یادگیری توأم باشد زیباتر است

علم زیباست، اگر با عمل توأم باشد زیباتر است

آموختن زیباست، اگر با قدرشناسی توأم باشد زیباتر است

و سخن زیباست، اگر صادقانه باشد زیباتر است

برخود لازم می دانم از تمامی سروران و اساتید ارزشمندم که در طول دوره کارشناسی و کارشناسی ارشد، دانشجویان رشته حقوق از جمله مرا از تدریس جذاب و پربار و راهنماییهای ارزشمندشان بهره مند ساختند و صبورانه و با متانت همراهی مان نمودند، صمیمانه تشکر و سپاسگزاری نمایم؛ همچنین از حمایت ها و همراهی های خالصانه استاد ارجمند راهنما: جناب آقای دکتر سید جعفر هاشمی باجگانی و داوران محترم آقایان: دکتر محمد حسین کریمی و دکتر موسی پاشابنیاد، مشفقانی که جز با محبت و اندیشه های پاک آنان این تلاش معنایی نمی یافت، قدردانی ویژه ای می نمایم. مهر و محبت همه این بزرگواران در اعماق وجودم همیشگی و فراموش ناشدنی ست، با آرزوی سلامتی و موفقیت روزافزون برای همه این عزیزان.

حروف اختصاری

ج	جلد
چ	چاپ
ش	شماره
ص	صفحه
بی تا	بدون تاریخ انتشار
بی جا	بدون نام محل انتشار
بی چا	بدون تاریخ چاپ
بی نا	بدون نام ناشر
ر . ک	رجوع کنید به ...
ن . ک	نگاه کنید به ...

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	چکیده.....
۲.....	مقدمه.....
بخش اول - موضوع شناسی نظام بانکی ایران	
۹.....	فصل اول - تاریخچه و جایگاه نظام بانکی.....
۹.....	مبحث اول - تاریخچه و نظام بانکی.....
۹.....	گفتار اول - تاریخچه پیدایش پول و بانکداری.....
۹.....	بند اول - سیرتاریخی پیدایش پول.....
۱۲.....	بند دوم - سیرتاریخی پیدایش بانکداری.....
۱۴.....	گفتار دوم - نظام بانکی.....
۱۴.....	بند اول - بانکداری غربی و بانکداری اسلامی.....
۱۵.....	بند دوم - وجه تمایز بانکداری غربی و بانکداری اسلامی.....
۲۳.....	مبحث دوم - جایگاه نظام بانکی.....
۲۳.....	گفتار اول - نظام بانکی در ایران.....
۲۴.....	بند اول - ماهیت حقوق نظام بانکی.....
۲۶.....	بند دوم - قانون حاکم در نظام بانکی.....
30.....	گفتار دوم - مفاهیم و اصطلاحات رایج در نظام بانکی.....
۳۰.....	بند اول - مفاهیم.....
۳۱.....	بند دوم - اصطلاحات.....
۳۴.....	فصل دوم - حقوق بانکی.....
۳۵.....	مبحث اول - تجهیز منابع.....
۳۶.....	گفتار اول - منابع مالکانه.....
۳۶.....	بند اول - سپرده های قرض الحسنه پس انداز.....
۳۷.....	بند دوم - سپرده های قرض الحسنه جاری.....
۳۷.....	گفتار دوم - منابع وکالتی.....
۳۸.....	بند اول - سپرده های سرمایه گذاری کوتاه مدت.....
۳۸.....	بند دوم - سپرده های سرمایه گذاری بلند مدت.....
۳۹.....	مبحث دوم - تخصیص منابع.....
۳۹.....	گفتار اول - قرض الحسنه و عقود مشارکتی.....

بند اول - قرض الحسنه.....	۳۹
بند دوم - عقود مشارکتی.....	۴۰
گفتار دوم - جعاله و عقود مبادله ای.....	۴۱
بند اول - جعاله.....	۴۱
بند دوم - عقود مبادله ای.....	۴۱

بخش دوم - جایگاه حقوقی عقد مرابحه

فصل اول - قواعد و مبانی عقد مرابحه.....	۴۷
مبحث اول - ماهیت و مبانی عقد مرابحه.....	۴۷
گفتار اول - مفهوم و اوصاف.....	۴۷
بند اول - مفهوم.....	۴۷
بند دوم - اوصاف.....	۴۹
گفتار دوم - مبانی مشروعیت.....	۵۴
بند اول - روایات.....	۵۴
بند دوم - فقه امامیه.....	۵۷
مبحث دوم - ارکان و آثار عقد مرابحه.....	۵۷
گفتار اول - ارکان.....	۵۸
بند اول - ارکان عمومی.....	۵۸
بند دوم - ارکان اختصاصی.....	۶۵
گفتار دوم - آثار.....	۶۸
بند اول - مالکیت و الزام به تسلیم.....	۶۸
بند دوم - ضمان.....	۶۹
فصل دوم - کاربرد عقد مرابحه در قانون عملیات بانکی بدون ربا.....	۷۰
مبحث اول - احکام.....	۷۱
گفتار اول - مزایای اجرایی عقد مرابحه نسبت به عقود مشابه.....	۷۱
بند اول - فروش اقساطی.....	۷۲
بند دوم - جعاله.....	۷۵
گفتار دوم - احکام دستورالعمل اجرایی.....	۷۸
بند اول - احکام اجرایی.....	۷۹
بند دوم - احکام تسویه.....	۸۵
مبحث دوم - روش های اعمال عقد مرابحه.....	۸۷
گفتار اول - اوراق مبتنی بر عقد مرابحه.....	۸۷

۸۸.....	بند اول - انواع اوراق.....
۹۱.....	بند دوم - آثار اقتصادی.....
۹۲.....	گفتار دوم - کارت اعتباری مبتنی بر عقد مرابحه.....
۹۳.....	بند اول - عناصر کارت اعتباری.....
۹۴.....	بند دوم - شیوه تسویه.....
بخش سوم - جایگاه حقوقی عقد استصناع	
۹۷.....	فصل اول - قواعد و مبانی عقد استصناع.....
۹۷.....	مبحث اول - ماهیت و مبانی عقد استصناع.....
۹۷.....	گفتار اول - مفهوم و اوصاف.....
۹۸.....	بند اول - مفهوم.....
۱۰۳.....	بند دوم - اوصاف.....
۱۱۱.....	گفتار دوم - مبانی مشروعیت.....
۱۱۱.....	بند اول - دیدگاه فقیهان متقدم.....
۱۱۴.....	بند دوم - دیدگاه فقیهان متأخر.....
۱۱۸.....	مبحث دوم - ارکان و آثار عقد استصناع.....
۱۱۸.....	گفتار اول - ارکان.....
۱۱۹.....	بند اول - ارکان عمومی.....
۱۲۵.....	بند دوم - ارکان اختصاصی.....
۱۲۷.....	گفتار دوم - آثار.....
۱۲۷.....	بند اول - مالکیت و الزام به تسلیم.....
۱۳۰.....	بند دوم - ضمان.....
۱۳۰.....	فصل دوم - کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا.....
۱۳۱.....	مبحث اول - احکام.....
۱۳۱.....	گفتار اول - مزایای اجرایی عقد استصناع نسبت به عقود مشابه.....
۱۳۲.....	بند اول - سلم.....
۱۳۴.....	بند دوم - مشارکت مدنی.....
۱۳۶.....	گفتار دوم - احکام دستورالعمل اجرایی.....
۱۳۶.....	بند اول - احکام کلی.....
۱۳۸.....	بند دوم - احکام اجرایی.....
۱۴۳.....	مبحث دوم - روش های اعمال عقد استصناع.....
۱۴۳.....	گفتار اول - اوراق مبتنی بر عقد استصناع.....

۱۴۴.....	بند اول - انواع اوراق.....
۱۴۶.....	بند دوم - آثار اقتصادی.....
۱۵۰.....	گفتار دوم - تأمین مالی مبتنی بر عقد استصناع.....
۱۵۰.....	بند اول - انواع تأمین مالی.....
۱۵۲.....	بند دوم - آثار اقتصادی.....
۱۵۴.....	بحث و نتیجه گیری.....
۱۵۸.....	فهرست منابع.....
۱۶۶.....	پیوست ها.....
۲۰۸.....	چکیده انگلیسی.....

چکیده

در راستای تحقق توسعه ابزارهای مالی اسلامی در شبکه بانکی کشور و جلوگیری از صوری شدن قراردادهای متاثر از عوامل مختلفی از جمله عدم تأمین نیاز متقاضیان وجوه در چهارچوب عقود موجود می باشد، سه عقد استصناع، مرابحه و خرید دین به فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۹۰ اضافه شدند. در تحقیق حاضر تلاش شده است با توجه به جدید بودن عقود مرابحه و استصناع، عدم ذکر عنوان حقوقی مستقل و بررسی جزئیات آنها در قانون مدنی و نیز عدم اجرا و مغفول ماندن کاربردهای وسیع این عقود در شبکه بانکی کشور به بررسی ماهیت حقوقی، تثبیت صحت فقهی، مباحث نظری، نقاط قوت و ضعف و دستورالعمل های اجرایی این عقود پرداخته شود. مطالعات انجام شده در این پایان نامه بیانگر آن است که با عنایت به ماهیت فقهی - حقوقی و نیز سابقه تاریخی استفاده از قرارداد مرابحه، این قرارداد، عقدی از شقوق عقد بیع بوده و به طور کلی احکام بیع بر آن جاری می گردد. عقد مرابحه نسبت به کالای موجود با اعلام قیمت خرید (رأس المال) و مقدار ربح موردنظر فروشنده منعقد می شود. در خصوص قرارداد استصناع نیز باوجود اختلاف نظر در ماهیت این قرارداد، نظرات فقهی - حقوقی و سابقه تاریخی استفاده از قرارداد استصناع، بیانگر آن است که این قرارداد، عقدی است و ماهیتاً منطبق بر بیع کالی به کالی بوده و اطلاق و عمومات آیات «احل الله البیع»، «أوفوا بالعقود»، «تجارة عن تراضٍ منكم» و مواد مختلف قانون مدنی، بیانگر تنفیذ آن می باشد. عقد استصناع با سفارش کالای غیرموجود و رفع جهل و غرر با ذکر جنس، مقدار، وصف و سایر ویژگی های موردانتظار، ضرورت معلوم و معین بودن مبلغ قرارداد و تعیین مدت زمان لازم برای ساخت و تحویل کالا منعقد می گردد. براساس ماهیت ذاتی عقد مرابحه در توجیه پرداخت و اخذ ربح نسبت به سایر ابزارهای مالی فعلی و همچنین ماهیت ذاتی عقد استصناع در پاسخگویی به سلیقه های متنوع اشخاص، بکارگیری این عقود می توانند تا حدود زیادی مشکلات و خلاءهای موجود در تخصیص منابع را به گونه ای مناسب تر در نظام بانکی کشور مرتفع سازند.

واژگان کلیدی:

عقدمرابحه، عقداستصناع، نظام بئنکداری بدون ربا، ابزارهای مالی، تخصیص منابع

الف - بیان مسأله

امروزه بانکداری یکی از مهم‌ترین بخش‌های اقتصادی در هر کشوری به شمار می‌آید که از طرفی با سازماندهی و هدایت دریافت‌ها و پرداخت‌ها، تسهیل امور مبادله‌های تجاری و بازرگانی، باعث گسترش بازارها و رشد و شکوفایی اقتصاد می‌شود و از طرف دیگر با تجهیز پس‌اندازهای ریز و درشت و هدایت آن‌ها به سمت بنگاه‌های تولیدی و تجاری، سرمایه‌های راکد و احیاناً مخرب اقتصادی را به عوامل مولد تبدیل نموده و سایر عوامل تولید را که به جهت فقدان سرمایه دچار توقف فعالیت یا کاهش بهره‌وری شده‌اند را به سمت اشتغال کامل ملی بهره‌وری بهتر سوق می‌دهد. در بانکداری مرسوم (متعارف یا غربی یا ربوی) دریافت یا پرداخت سود، جزء ذات عملیات بانکی است و بر این اساس هم رابطه سپرده‌گذاران و بانک و هم رابطه بانک و گیرندگان تسهیلات، علی‌الاصول در چهارچوب عقد قرض با بهره از پیش تعیین شده تبیین می‌شود؛ اما در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت اخذ بهره، وضعیت کاملاً متفاوت است. بانکداری اسلامی که بر مبنای تطبیق فعالیت‌های بانکی با قواعد شرعی شکل گرفته باید کلیه فعالیت‌های خود را در چهارچوب ابزارهای مالی اسلامی یا همان عقود اسلامی با مشارکت در سود و زیان و بدون در نظر داشتن سود قطعی در اکثر موارد با مشتریان تنظیم نماید.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی مباحث جدی حول محور بانکداری اسلامی شکل گرفت و مبنای بر این قرار گرفت تا قواعد حقوق بانکی بر مبنای رعایت قواعد شریعت شکل گیرد^۱ و بر این اساس نیز عقود شرعی به منظور تأمین نیازهای متقاضیان در قانون عملیات بانکی بدون ربا پیش‌بینی گردیدند. پس از اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا از ابتدای سال ۱۳۶۳، صوری شدن قراردادهای یکی از مهم‌ترین ایراداتی است که بر بانکداری اسلامی وارد می‌شود.^۲ در حال حاضر، در سیستم بانکی کشور از برخی عقود مبادله‌ای مانند: فروش اقساطی، جعاله و نیز عقود مشارکتی به صورت نسبتاً گسترده‌ای استفاده می‌شود. در برخی از موارد قراردادهای منعقد شده به صورت صوری در چهارچوب یکی از عقود شرعی مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار گرفته‌اند تا به هر شکل ممکن، نیاز متقاضیان وجوه برآورده شود. در این میان نوعاً نه بانک‌ها و نه متقاضیان وجوه، حساسیتی از خود بر این مبنای که پرداخت و دریافت وجوه به طور دقیق منطبق با یکی از عقود اسلامی مندرج در این قانون باشد، نشان نمی‌دهند. اهمیت ندادن به این موضوع به وسیله طرفین و عدم نظارت مؤثر و کارآمد از سوی مراجع ذیصلاح، صوری بودن عقود را به امری شایع و همه‌گیر و در عین حال پذیرفته شده تبدیل کرده است. این خود از یک سو، عملیات بانک‌های ربوی را در اذهان تداعی و از سوی دیگر ضرورت پرهیز از چنین روندی، مسئولیت نظام بانکی را دوچندان کرده است.^۳

^۱ - سلطانی، محمد، حقوق بانکی، تهران، میزان، زمستان ۱۳۹۰، ص ۳۳-۳۲

^۲ - نظریپور، محمد نقی، عقد و اوراق استصناع، قم، دانشگاه مفید، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۳۶-۱۳۵

^۳ - همان، ص ۱۳۶-۱۳۵

در راستای تحقق توسعه ابزارهای مالی اسلامی در شبکه بانکی کشور و جلوگیری از صوری شدن قراردادهای که متأثر از عوامل مختلفی از جمله عدم تأمین نیاز متقاضیان وجوه در چهارچوب عقود موجود می باشد، لزوم اضافه شدن سه عقد استصناع، مرابحه و خرید دین به فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۹۰ توسط بانک مرکزی به مجلس شورای اسلامی ارایه شد و پس از تصویب آن توسط نمایندگان محترم مجلس، آیین نامه ها و دستورالعمل های لازم از سوی مراجع ذیصلاح تصویب و ابلاغ گردیدند.

عقد مرابحه از جمله عقود است که تاکنون در شبکه بانکی کشور مورد استفاده قرار نگرفته و به موجب آن شخص، بانک یا موسسه اعتباری به عنوان عرضه کننده کالاها و خدمات مورد نیاز، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) می رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی، نسبه دفعی یا اقساطی به اقساط مساوی و یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به مشتری به فروش می رساند. عقد مرابحه می تواند بر اساس ماهیت ذاتی خود در توجیه پرداخت و اخذ ربح نسبت به سایر ابزارهای مالی فعلی و مورد استفاده در شبکه بانکی کشور به منظور تأمین مالی در بخش تولید، سرمایه در گردش واحدهای صنعتی، کشاورزی و معدنی و غیره مورد استفاده قرارگیرد.

عقد استصناع نیز مانند عقد مرابحه تاکنون در شبکه بانکی کشور مورد استفاده قرار نگرفته و کاربرد این عقد عمدتاً به منظور ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین می باشد. در واقع به موجب عقد استصناع یکی از طرفین (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) می شود و در این میان بانکها با بهره مندی از این عقد می توانند، پس از دریافت سفارش مشتری و تنظیم قرارداد (استصناع اول)، ساخت موضوع استصناع را در قالب قرارداد استصناع دیگری (استصناع دوم) به سازنده واگذار نمایند. شبکه بانکی می تواند با اعطای تسهیلات در قالب عقد استصناع به شکوفایی تولید داخلی در بخش های صنعت و معدن، مسکن و کشاورزی و غیره کمک قابل ملاحظه ای نماید. در موارد بسیاری متقاضی، تسهیلاتی را طلب می کند تا به کالای خاصی با ویژگی های مشخص که هم اکنون به طور طبیعی در بازار موجود نیست دسترسی یابد یا در نظر دارد برای احداث یا تکمیل طرح خاصی، سرمایه لازم را در اختیار داشته باشد. این محصول ها باید به طور ویژه برای برآورده ساختن کالای موردنیاز مطابق با سلیقه ها و الزام های متقاضیان، تولید شوند. کالاهای سرمایه ای مانند: پروژه های صنعتی، خدماتی، تولیدی، ساختمان ها، پل ها، کارخانه ها و کالاهای مصرفی از قبیل لباس های دارای طرح خاص و موردنظر، جواهرات و غیره از این دست می باشند. چنین محصولاتی نوعاً به وسیله تولید کنندگان تولید نمی شوند مگر این که برای آنها تقاضا و یا تعهد خرید مطمئن وجود داشته باشد. این قسم محصولات به خوبی در چهارچوب عقد استصناع قابل تولید است در حالی که عقود دیگری نظیر: سلف، جعاله و مشارکت مدنی دارای چنین قابلیتی نمی باشند.

عنوان پایان نامه در نگاه نخست ممکن است، جایگاه حقوقی آن را به طور مطلق در حقوق عمومی به ذهن متبادر سازد اما در واقع این عنوان به طور کامل مربوط به حقوق خصوصی است زیرا حقوق بانکی از جهت رابطه فیما بین بانک مرکزی و موسسات تحت نظارت، تابع قواعد حقوق عمومی و از جهت رابطه حقوقی میان بانک ها و مشتریان در چه ارچوب نظامات وضع شده توسط بانک مرکزی به ویژه در خصوص عقود که به عنوان ابزار مالی در جهت پرداخت تسهیلات مورد استفاده قرار می گیرند، تابع قواعد حقوق خصوصی است؛ همچنین حقوق بانکی از زیر شاخه های حقوق تجارت است و حسب بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت، هر نوع عملیات صرافی و بانکی، معاملات تجاری (ذاتاً تجاری)^۱ قلمداد شده و بر این اساس شخصی که شغل معمولی وی بانکداری و صرافی باشد تاجر محسوب می گردد. بانک های خصوصی، در قالب شرکت سهامی عام تاسیس شده و به طور کامل تحت شمول قانون تجارت می باشند؛^۲ در خصوص بانک های دولتی نیز هر چند این بانک ها تابع مقررات مذکور در لایحه قانونی اداره امور بانک ها و نیز اساسنامه خود که در آن هدف، موضوع، نحوه اداره و سایر وظایف و اختیارات قانونی بانک ذکر شده می باشند، اما این موضوع به معنای آزادی این بانک ها از قیود قانون تجارت در موارد سکوت نیست و در نتیجه تابعیت از حقوق تجارت در بانک های دولتی نیز وجود دارد. به هر روی، قواعد حقوق خصوصی و حقوق تجارت هم در نحوه شکل گیری ساختار بانک ها و هم در نحوه انجام عملیات بانکی همچون جذب منابع و اعطای تسهیلات نقش قابل توجهی را ایفا می نمایند.^۳

ب - علت انتخاب موضوع

جدید بودن عقود استصناع و مرابحه، عدم ذکر عنوان حقوقی مستقل و بررسی جزئیات آن در قانون مدنی و نیز عدم اجرا و مغفول ماندن کاربردهای وسیع این عقود در شبکه بانکی کشور، در حال حاضر سوالات زیادی را در خصوص ماهیت حقوقی، سابقه تاریخی - فقهی، مباحث نظری، دستورالعمل های اجرایی و نقاط قوت و ضعف این نهاد های حقوقی تازه تاسیس به ذهن متبادر می سازد که در تحقیق حاضر سعی شده است تا حد امکان موارد مذکور مورد بررسی قرار گیرد.

ج - سوالات تحقیق

سؤال اصلی

با عنایت به فلسفه وجودی عقود مرابحه و استصناع در نظام بانکی کشور، آیا جایگاه حقوقی تبیین شده برای این عقود، توانایی مرتفع کردن خلاءهای موجود در عملیات بانکی را دارد؟

^۱ - دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم کنونی، تهران، دادستان، چ پانزدهم، ۱۳۹۰، ص ۳۹

^۲ - سلطانی، محمد، حقوق بانکی، ص ۴۵

^۳ - به طور مثال ن. ک به قانون اساسنامه بانک ملی ایران مصوب ۱۳۴۶/۱۲/۱۹ که براساس ماده یک آن «بانک ملی ایران که به موجب قانون ۱۴ اردیبهشت ماه ۱۳۰۶ تاسیس گردیده طبق مقررات این اساسنامه اداره می شود و نسبت به مواردی که در اساسنامه پیش بینی نشده تابع قانون تجارت است.....»

سؤالات فرعی

۱- آیا عقود مرابحه و استصناع به نحو تبیین شده در نظام بانکی کشور با نمونه فقهی آنها مطابقت دارند؟

۲- آیا پایین بودن نرخ سود در عقود مرابحه و استصناع در مقایسه با عقود مشارکتی، موجب عدم استقلال و در نتیجه منزوی شدن این عقود نخواهد شد؟

د - فرضیات تحقیق

۱- به نظر می رسد: جایگاه حقوقی تبیین شده برای عقود مرابحه و استصناع بتواند خلاءهای موجود در عملیات بانکی را مرتفع نماید.

۲- به نظر می رسد: مطابقت تام میان عقود مرابحه و استصناع با نمونه های فقهی منعکس در فقه وجود دارد.

۳- به نظر می رسد: پایین بودن نرخ سود در این عقود در مقایسه با عقود مشارکتی و لزوم نیاز به نظارت دقیق و مستمر بر فعالیت و درخواست متقاضی، موجب عدم استقبال بانک ها از انعقاد این عقود با مشتریان و در نتیجه انزوای این عقود خواهد شد.

ه - پیشینه تحقیق

در مورد سوابق معاصر از آنجا که الحاق این عقود به آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا نسبتاً جدید می باشد، در خصوص تحقیقات ارایه شده می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- دکتر رضا اکبریان و همایون شیرازی (۱۳۸۹) در مقاله «برنامه مرابحه کالایی، ابزاری نو برای مدیریت نقدینگی» به ساختار و مکانیسم برنامه مرابحه کالایی و به خصوص کاربرد آن به عنوان ابزاری برای مدیریت نقدینگی اشاره داشته اند.

۲- دکتر سید عباس موسویان (۱۳۹۰) در مقاله «امکان سنجی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ربا» به کاربرد صحیح عقد مرابحه در اعطای تسهیلات و نیز کاربرد خاص آن به صورت کارت های اعتباری خرید کالاها و خدمات پرداخته است.

۳- فرشته ملاکریمی (۱۳۹۰) در مقاله «بررسی فقهی عقود مرابحه، خرید دین و استصناع» به بررسی اجمالی ابعاد فقهی عقود مذکور اشاره داشته است.

۴- حسین میسمی (۱۳۹۱) در مقاله «مرابحه، استصناع و خرید دین به عنوان ابزارهای جدید بانکداری اسلامی» به مروری بر ظرفیت هایی که استفاده از این عقود می تواند برای بانک ها و موسسات اعتباری به همراه داشته باشد پرداخته و علاوه بر آن به برخی از چالش ها و ابهامات موجود در آیین نامه های ابلاغی اشاره داشته است.

۵- آیت‌الله مؤمن قمی (۱۳۷۶) در مقاله «استصناع (قرارداد سفارش ساخت)» پس از بیان دیدگاه‌های مختلف فقهای امامیه و عامه، برای انواع استصناع ماهیت‌های فقهی - حقوقی متفاوت قائل شده و هر گروه را تحت یکی از عناوین عقود، قابل بررسی می‌داند.

آیت‌الله هاشمی شاهرودی (۱۳۷۸) در مقاله خود که با عنوان «استصناع (سفارش ساخت کالا)» به چاپ رسیده، به بیان دیدگاه‌های مختلف در این باب و اشکالاتی که به هر دیدگاه وارد شده و همچنین پاسخ به برخی از اشکالات مطرح شده، پرداخته است.

۶- دکتر محمد نقی نظرپور (۱۳۸۷) در مقاله‌ای تحت عنوان «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا» که مستخرج از پایان نامه ایشان است، قسمتی را به بحث ماهیت استصناع از لحاظ فقهی اختصاص داده و سپس به کاربرد این ابزار در بانکداری بدون ربا و تخصیص منابع از این طریق می‌پردازد.

و - نوع و روش تحقیق

نوع تحقیق از نوع توصیفی - تحلیلی می باشد زیرا نگارنده پس از شناسایی ماهیت حقوقی موضوع تحقیق به تحلیل روابط و همچنین نظرات و اقوال اختلافی با بی طرفی کامل که از اصول اولیه تحقیق است پرداخته و در صورت لزوم، نظر خود را بیان نموده که ممکن است در تایید یکی از نظرات ابراز شده باشد و یا پیشنهاد جدیدی در راستای موضوع تلقی گردد. همچنین در تحقیق حاضر جهت گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه ای استفاده شده است.

ز - مشکلات تحقیق

در این میان به علت عدم اجرای این عقود حتی بصورت آزمایشی و محدود، نقاط ضعف و قوت این عقود در پرده ابهام قرار دارد و منابع نوشتاری و تخصصی بسیار محدود و نظری می باشند، این موارد نیز سبب عدم آگاهی و پاسخگویی مسئولین نظام بانکی شده، افزون بر آن که جامعه حقوقی شناخت کاملی نسبت به این عقود ندارد.

ح - سازماندهی تحقیق

این پایان نامه دارای سه بخش به ترتیب تحت عنوان موضوع شناسی نظام بانکی ایران، جایگاه حقوقی عقد مرابحه و جایگاه حقوقی عقد استصناع مورد مطالعه قرار می گیرد که هر بخش شامل دو فصل و هر فصل شامل دو مبحث و هر مبحث شامل دو گفتار می باشد. در بخش اول، فصل اول با عنوان تاریخچه و جایگاه نظام بانکی و فصل دوم با عنوان حقوق بانکی مورد بررسی قرار گرفته است. در بخش دوم نیز، فصل اول با عنوان قواعد و مبانی عقد مرابحه و فصل دوم با عنوان کاربرد عقد مرابحه در قانون عملیات بانکی بدون ربا می باشد؛ همچنین در بخش سوم، فصل اول با عنوان قواعد و مبانی عقد استصناع و فصل دوم با عنوان کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد بررسی قرار گرفته است.

بخش اول

موضوع شناسی

نظام بانکی ایران

حقوق یک علم مستقل است که دارای ضوابط خاص خود می باشد، اما در عین حال، نگاه کردن به حقوق بدون توجه به علوم همسایه آن خطایی بزرگ است. حقوق برای تنظیم و وضع ضوابط روابط انسان ها اعم از روابط اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بوجود آمده و حقوقدان برای وضع قواعد صحیح و مناسب باید پیش از هرچیز آن روابط را خوب بشناسد، براین اساس حقوقدان حقوق بانکی باید نسبت به اقتصاد، بانک و علوم بانکی آشنایی کافی داشته باشد در غیر این صورت از ارائه راه حل های مناسب در بسیاری موارد عاجز خواهد بود. در حقوق بانکی مسائل بسیار گسترده ای مطرح می گردد چرا که از طرفی، بازیگران حقوق بانکی از جمله بانک های دولتی، بانک های خصوصی، موسسات اعتباری، تعاونی های اعتباری، شرکت های لیزینگ و صرافی ها بسیار هستند و از طرف دیگر، قواعد حاکم بر آنها گسترده و وسیع می باشد؛ در واقع فعالیت هایی که به حوزه حقوق بانکی مربوط است طیف کثیری از امور را شامل می شود.^۱

از دیدگاه مالی، اقتصاد هر کشور بر دو رکن بازار پول و بازار سرمایه استوار است و رشد و توسعه این دو بازار همچون دو بال یک پرنده، سبب رشد و پیشرفت اقتصاد می گردد. در اقتصاد اسلامی تفکیک میان بازار پول و بازار سرمایه به مفهوم غربی آن وجود ندارد، با این وجود، تفکیک وظایف میان بازار پول و بازار سرمایه در کشور ما وجود دارد. در بازار پول به هر میزان که بانک ها فعالیت واسطه ای خود - جذب و تخصیص منابع - را صحیح تر انجام دهند و موفق تر باشند، سرمایه ها در جهت اصولی تری حرکت کرده و ثروت عمومی نیز افزایش می یابد. انجام فعالیتهای بزرگ نیاز به وجوه فراوان دارد و یکی از ابزارهای مهم تحقق این هدف، بازار پولی و بانکی کارا می باشد. بنابراین موفقیت سیستم بانکی یکی از ارکان موفقیت در اقتصاد کشور است و حقوق بانکی در این میان به عنوان یکی از تضمینات اجرای صحیح قواعد اصولی بانکداری از اهمیتی خاص برخوردار می گردد چراکه ساز و کار نامناسب در بازار پول به معنای عدم استفاده بهینه از منابع پولی و عدم حصول رشد اقتصادی مطلوب می باشد؛^۲ براین اساس در این بخش ابتدا در فصل اول به بررسی تاریخچه و جایگاه نظام بانکی می پردازیم و در ادامه در مبحث دوم حقوق بانکی را مورد بررسی قرار می دهیم.

^۱ - سلطانی، محمد، حقوق بانکی، ص ۱۱

^۲ - سلطانی، محمد، بایسته های حقوق بازار سرمایه، تهران، شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس، ۱۳۹۰، ص ۵۴

فصل اول - تاریخچه و جایگاه نظام بانکی

در این فصل ابتدا در مبحث اول به تاریخچه و سیستم نظام بانکی و در ادامه در مبحث دوم به جایگاه نظام بانکی پرداخته می شود.

مبحث اول - تاریخچه و سیستم نظام بانکی

در این مبحث از آنجا که ابزارهای بازار پول بر محور بانکداری، حقوق بانکی و پول استوار است و بدون توجه به مفهوم این واژگان و ماهیت واقعی آن، تلاش برای صحبت از حقوق بانکی مقدور نخواهد بود، لذا ابتدا در گفتار اول به تاریخچه پیدایش پول و بانکداری و در ادامه از آنجا که بانکداری ایران سالیانست با وصف اسلامی از بانکداری غربی متمایز گردیده، در گفتار دوم به بررسی سیستم نظام بانکی پرداخته می شود.

گفتار اول - تاریخچه پیدایش پول و بانکداری

سیرتاریخی پیدایش پول و بانکداری که در اینجا به اختصار مورد اشاره قرار می گیرد به ما کمک می نماید تا کارکرد اصلی بانک و هدفی که از پیدایش آن مدنظر بوده را در تحلیل مسائل فراموش ننماییم. براین اساس در بند اول به بررسی سیر تاریخی پیدایش پول و در بند دوم به بررسی سیرتاریخی پیدایش بانکداری می پردازیم.

بند اول - سیر تاریخی پیدایش پول

پول یکی از اختراعات مهم بشر است که براساس آن تاریخ اقتصاد به سه دوره متوالی اقتصاد معیشتی، اقتصاد تهاتری و اقتصاد پولی تقسیم می گردد. در دوره اقتصاد معیشتی افراد به صورت گروهی و اشتراکی فعالیت می کردند و به دلیل محدود بودن دامنه کالاهای تولید شده و همگانی بودن آن نیازهای متقابل اقتصادی، مبادله و بازار خاصی وجود نداشت. رفته رفته با بهبود شیوه های تولید و تقسیم کار و پیدایش مازاد تولید، زمینه مبادله کالا فراهم گردید.^۱ از آنجا که کارها و فعالیت ها تخصصی گردیده بود و مازاد تولید وجود داشت، افراد ناگزیر شدند تولیدات خود را با دیگران مبادله نمایند. نظام اقتصاد تهاتری که در آن خرید و فروش دو کالا همزمان در برابر هم انجام می شد دارای ایرادات فراوانی بود زیرا

^۱ - همان، ص ۲۲