



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد علوم اردبیل

پایان نامه کارشناسی ارشد (M.A.)

رشته تحصیلی حقوق خصوصی

عنوان:

مقایسه قرارداد مرابحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار

استاد راهنما:

دکتر ایران سلیمانی

استاد مشاور:

دکتر مظفر باشکوه

نگارش:

شفقت صابر حور

تابستان ۱۳۹۹

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
۲	الف) بیان مسئله.....
۴	ب) پرسش های پژوهش.....
۴	ج) اهداف پژوهش.....
۵	د) پیشینه پژوهش.....
۷	ه) روش پژوهش.....
۸	و) ساماندهی تحقیق.....

فصل اول: کلیات پژوهش (مبانی، مفاهیم و تاریخچه)

۱۰	۱-۱- جایگاه و تعریف بانک.....
۱۱	۲-۱- جایگاه و تعریف بانک در بانکداری بدون ربا.....
۱۱	۳-۱- پیشینه تاریخی بانکداری.....
۱۲	۱-۳-۱- بانکداری در دوره قدیم.....
۱۳	۲-۳-۱- بانکداری در قرون وسطی (از قرن پنجم تا پانزدهم میلادی).....
۱۴	۳-۳-۱- بانکداری در دوره جدید (از قرن پانزدهم به بعد).....
۱۵	۴-۳-۱- تاریخچه بانکداری در ایران.....
۱۸	۴-۱- جذب منابع در بانکداری بدون ربا.....
۲۰	۵-۱- انواع سپرده بانکداری بدون ربا در ایران.....
۲۱	۱-۵-۱- سپرده قرض الحسنه جاری.....
۲۱	۲-۵-۱- سپرده قرض الحسنه پس انداز.....
۲۲	۳-۵-۱- سپرده سرمایه گذاری مدت دار.....
۲۴	۴-۵-۱- سایر سپرده ها.....
۲۴	۶-۱- طبقه بندی منابع به لحاظ حقوقی.....
۲۴	۱-۶-۱- منابع مالکانه.....
۲۴	۲-۶-۱- منابع وکالتی.....
۲۵	۷-۱- ابزارهای مالی اسلامی در نظام بانکداری ایران.....
۲۹	۸-۱- تخصیص منابع در بانکداری بدون ربا.....
۳۱	۹-۱- تعریف مباحه.....
۳۳	۱۰-۱- جایگاه قرارداد مباحه در متون روایی.....

- ۱۰-۱-۱- روایات ناظر بر اصل مشروعیت مرابحه ۳۳
- ۱۰-۱-۲- روایات ناظر بر مشروعیت مرابحه نقد و نسیه ۳۵
- ۱۰-۱-۳- روایات ناظر بر مشروعیت مرابحه وکالتی ۳۵
- ۱۰-۱-۴- روایات ناظر بر مشروعیت مرابحه با سود درصدی ۳۶
- ۱۱-۱- ماهیت فقهی قرارداد مرابحه ۳۷
- ۱۲-۱- حکم بیع مرابحه در فقه امامیه ۳۸

فصل دوم: قرارداد مرابحه در سازمان نظام بانکی

- ۱-۲- مرابحه در نظام بانکی ۴۱
- ۲-۲- قلمرو قرارداد مرابحه ۴۳
- ۳-۲- شرایط بیع مرابحه ۴۴
- ۴-۲- آثار اقتصادی اوراق مرابحه ۴۶
- ۵-۲- دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه در نظام بانکی ۴۷
- ۶-۲- تفاوت مرابحه و فروش اقساطی ۵۰ ۵۰
- ۷-۲- ریسک های قرارداد مرابحه در نظام بانکی ۵۱
- ۱-۷-۲- ریسک انصراف مشتری از خرید کالا ۵۱
- ۲-۷-۲- ریسک تغییرات قیمت کالا ۵۱
- ۳-۷-۲- ریسک تلف کالا ۵۲
- ۸-۲- شیوه های اجرای قرارداد مرابحه بانکی در نظام بانکی ۵۲
- ۱-۷-۲- انعقاد قرارداد مرابحه سه جانبه ۵۲
- ۲-۷-۲- وکالت برای خرید با حق فسخ برای بانک ۵۲
- ۹-۲- شرایط حقوقی عقد مرابحه در نظام بانکی ۵۳
- ۱-۹-۲- شرایط عمومی مرابحه ۵۳
- ۲-۹-۲- شرایط اختصاصی عقد مرابحه ۵۴
- ۱۰-۲- ارکان اوراق مرابحه ۵۶
- ۱۱-۲- ماهیت حقوقی رابطه بانکی و ناشر در اوراق مرابحه ۵۷
- ۱-۱۱-۲- اجاره اشخاص ۵۷
- ۲-۱۱-۲- حق العمل کاری ۵۹
- ۳-۱۱-۲- وکالت ۶۱
- ۴-۱۱-۲- نمایندگی قانونی ۶۳
- ۵-۱۱-۲- حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها ۶۵
- ۱۱-۲- آثار رابطه بانکی و ناشر در اوراق مرابحه ۶۷
- ۱۲-۲- تعهدهای ناشر در برابر بانکی ۶۸
- ۱-۱۲-۲- انتشار اوراق بهادار اسلامی و جمع آوری وجوه ۶۸

۷۱	۲-۱۲-۲- خرید کالای بانوی با وجوه جمع آوری شده.....
۷۲	۲-۱۲-۳- رعایت حدود نمایندگی.....
۷۲	۲-۱۳-۱۳- تعهدهای بانوی در برابر ناشر.....
۷۳	۲-۱۳-۱- اجاره کردن و خریدن کالا و انعقاد قرارداد مضاربه.....
۷۴	۲-۱۳-۲- فروش دارایی خود(بانوی) به ناشر.....
۷۵	۲-۱۳-۳- پرداخت هزینه های ناشر.....
۷۶	۲-۱۴-۱- وضعیت حقوقی انواع اوراق مرابحه.....
۷۶	۲-۱۴-۱- اوراق مرابحه تأمین مالی.....
۷۹	۲-۱۴-۲- روابط حقوقی اوراق مرابحه تأمین مالی.....
۷۹	۲-۱۴-۳- اوراق مرابحه تأمین نقدینگی.....
۸۱	۲-۱۴-۴- اوراق مرابحه تشکیل سرمایه شرکت های تجاری.....
۸۳	۲-۱۴-۵- اوراق مرابحه رهنی.....

فصل سوم: قرارداد مرابحه در سازمان بورس اوراق بهادار

۸۷	۳-۱- اوراق مرابحه در بورس.....
۸۹	۳-۲- شرایط، احکام و آثار اوراق مرابحه در بانک و بورس.....
۸۹	۳-۲-۱- بانوی و بورس.....
۹۰	۳-۲-۲- نهاد واسط در بانک و بورس.....
۹۰	۳-۲-۳- دارایی در بانک و بورس.....
۹۰	۳-۲-۴- ضامن در بانک و بورس.....
۹۱	۳-۳- شرایط عقد مرابحه در بورس اوراق بهادار.....
۹۲	۳-۴- شرایط انتقال اوراق مرابحه.....
۹۴	۳-۵- مشروعیت فقهی اوراق مرابحه.....
۹۸	۳-۶- شباهت مرابحه در بانک و بورس.....
۹۸	۳-۷- تفاوت های دستورالعمل بانک مرکزی و سازمان بورس اوراق بهادار در خصوص مرابحه.....
۹۸	۳-۸- نرخ سود مرابحه در بانک و بورس.....
۹۹	۳-۹- انواع اوراق مرابحه در سازمان بورس و اوراق بهادار.....
۹۹	۱. اوراق مرابحه تأمین مالی (اوراق بدهی دولت).....
۱۰۰	۲. اوراق مرابحه تأمین نقدینگی.....
۱۰۱	۳. اوراق مرابحه تشکیل سرمایه شرکت های تجاری.....
۱۰۲	۴. اوراق مرابحه رهنی.....
۱۰۳	۳-۱۰- تفاوت اوراق مرابحه و اوراق اجاره.....
۱۰۵	۳-۱۱- وضعیت اوراق مرابحه در بازارهای مالی ایران.....
۱۰۶	۳-۱۲- بازار ثانوی اوراق مرابحه.....

۱۰۸	نتیجه گیری.....
۱۱۱	پیشنهاد.....
۱۱۲	منابع.....

چکیده

سازمان بورس و اوراق بهادار و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران دو نهاد ناظر در حوزه انتشار اوراق بهادار اسلامی می باشند. هر دو نهاد مجاز به اعطا مجور انتشار اوراق مشارکت و اوراق بهادار اسلامی می باشند. علیرغم وجود تشابهاتی در دستورالعمل انتشار این اوراق در دو نهاد تفاوت های قابل ملاحظه ای مانند تفاوت در تعیین نرخ سودها، ضمانت اوراق و ناشران به به چشم می خورد. علاوه بر این، قوانین بالادستی مانند قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر، قانون بودجه کشور، قانون توسعه ابزارها و نهادهای و... در بندهایی به نحوه تخصیص انتشار اوراق مشارکت و انواع اوراق بهادار اسلامی پرداخته اند. در نظام بانکی، مرابحه شامل قرارداد بین بانک و مشتری برای فروش یک دارایی یا کالا است. در این قرارداد، بانک کالاهای مورد تقاضای مشتری را خریداری کرده و آنها را به قیمت بیشتر به مشتری می فروشد. مبلغ سود (افزایش قیمت) پیش از بسته شدن قرارداد مشخص و تثبیت شده و به مشتری اعلام می شود. از تفاوت های مرابحه در بورس و بانک می توان به این مورد اشاره کرد که مرابحه در بورس بیشتر در قالب اوراق منتشر می شود و مشتری با خرید آن از سود مشخص شده در قالب زمانی معین برخوردار می شود. در نظام بانکی، بانک در قالب عقد مرابحه از مشتری برای خرید کالای خاصی حمایت می کند و مبلغ پرداختی را همراه با سود مشخص شده در موعد زمانی مقرر دریافت می کند. با این حال، تعیین سود در نظام بانکی و بورس تحت نظارت بانک مرکزی انجام می گیرد. حداکثر نرخ سود بانک علی الحساب اوراق مرابحه هر سال با توجه به نرخ تورم و سیاستهای اقتصادی کشور، توسط بانک مرکزی تعیین می شود. نرخ سود اوراق مرابحه منتشره در بازار پول، با مجوز سازمان بورس و اوراق بهادار که دارای ضمانت از طرف موسسات اعتباری می باشند با هماهنگی بانک مرکزی تعیین می شود.

کلمات کلیدی: بانک، بورس، اوراق بهادار، مرابحه.

الف) بیان مسئله

با گسترش صنعت بانکداری، متفکران مسلمان به این فکر افتادند که به شکلی از این پدیده استفاده کنند اما به دلیل آن که بیش تر فعالیت های بانک براساس قرض با بهره است که از نظر اسلام ربا و ممنوع می باشد، از این رو ابتدا تلاش نمودند با حفظ عملیات بانکداری متعارف، توجیه های شرعی پیدا کنند اما در عمل استدلالی که مورد پذیرش علمای دین باشد به دست نیامد، در این جا بود که برخی اندیشمندان اسلامی درصدد طراحی بانکی براساس معاملات اسلامی برآمدند و نتیجه آن را امروزه در قالب بانک های بدون ربا و اسلامی در سراسر دنیا مشاهده می کنیم.

نظام مالی اسلامی متشکل از بانکداری اسلامی، بیمه اسلامی و بازار سرمایه اسلامی با پیشرفت خود به عنوان یک بخش مهم و اساسی در بازار مالی جهانی تبدیل شده و به مثابه یک مدل مالی کارا در مقابل نظام کلاسیک مورد توجه قرار گرفته است (صالح آبادی، ۱۳۸۵، ص ۱۰).

در این میان با گسترش بازار سرمایه اسلامی، ابزار اسلامی مباحه که بر اساس عقد محوری مباحه طراحی شده است، دارای ویژگی های مطلوب از جمله سود معین، درجه نقدشوندگی بالا، قابلیت انجام به صورت نقد و نسیه، ریسک پایین بسیار مورد اقبال سرمایه گذاران واقع شده است. تأمین مالی بر مبنای مباحه، مساوی با اعطای وام بر مبنای بهره نیست. این روش در واقع فروش مدت دار کالا است که در مورد سود و قیمت تمام شده آن اطلاع کافی و رضایت طرفین وجود دارد (ارسلان طریق، ۲۰۰۴).

در واقع یکی از گام های اساسی در زمینه تحقق و توسعه نظام بانکی بدون ربا، استفاده از ظرفیت بالای عقود شرعی به وسیله طراحی و ابداع ابزارهای مالی مبتنی بر شریعت مقدس است. طراحی و ایجاد ابزارهای مالی اسلامی افزون بر رفع مشکلات فعالان بخش های مختلف اقتصادی، می تواند به توسعه روزافزون بازارهای مالی اسلامی منجر شود. در راستای رفع مشکلات اقتصادی در زمینه تخصیص منابع و حداکثر استفاده از ظرفیت های عقود اسلامی، عقود سه گانه استصناع، مباحه و خرید دین پس از بررسی ابعاد مختلف آن در شورای فقهی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا افزوده شد.

بند یک ماده یک دستورالعمل انتشار اوراق مرابحه مقرر می دارد « اوراق مرابحه» اوراق بهادار با نام قابل نقل و انتقالی است که نشان دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مالی (طلب) است که بر اساس قرارداد مرابحه حاصل شده است. نحوه استفاده از این مال نیز بنا به شرایط مالکیتی که در خصوص آن وجود دارد، متفاوت با اموال غیرمشاع خواهد بود، به طوری که اعمال حقوقی مجاز بوده و تصرفات فیزیکی منوط به اذن سایر مالکان خواهد بود (مواد ۵۸۳، ۷۴۵ قانون مدنی).

عقد مرابحه، قراردادی است که فروشنده به وسیله آن، قیمت تمام شده کالا، اعم از قیمت خرید، هزینه های حمل و نقل، نگهداری و سایر هزینه های مرتبط را به اطلاع مشتری می رساند، سپس با افزودن مبلغ یا درصدی به عنوان سود، به وی می فروشد، بیع مرابحه می تواند به صورت نقد یا نسیه منعقد شود و به طور معمول، نرخ سود نسیه آن بیشتر است. براساس این عقد اوراق بهاداری با نام اوراق بهادار مرابحه طراحی شده است که همانند سایر اعمال حقوقی و اقتصادی ماهیت خاص خود را دارد. در صورت جلسه کمیته فقهی و حقوقی سازمان بورس اوراق بهادار مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۸ آمده است: «از آنجا که اوراق مرابحه انواع مختلفی دارد نمی توان تعریف جامع و دقیقی از این اوراق ارائه کرد اما در نگاه عام می توان گفت اوراق مرابحه اوراق بهاداری هستند که دارندگان آنها به طور مشاع مالک دارایی مالی (دینی) هستند که بر اساس قرارداد مرابحه حاصل شده است. این اوراق بازدهی ثابت داشته و قابل فروش در بازار ثانوی می باشند. همچنان که ملاحظه می شود از عقد مرابحه در طراحی اوراق مرابحه و جهت جایگزینی اوراق قرضه استفاده شده است. در اوراق قرضه مرسوم، دارنده اوراق همان داین است که مبلغی را به شرکت و یا مؤسسه ای عمومی قرض داده است و در سررسید معین علاوه بر اصل دین مبلغی را به عنوان سود دریافت می کند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ص ۸۴). این موضوع یعنی پرداخت سود در قبال دادن قرض همان ربا است که قانونگذار با حذف ماده ۶۵۳ قانون مدنی در مورخ ۶۱/۱۰/۸ و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ آن را غیرشرعی دانست و از مقررات کشورمان حذف کرد.

در حال حاضر بانک مرکزی و سازمان بورس و اوراق بهادار دو نهاد ناظر بر انتشار اوراق مشارکت و صکوک اسلامی می باشند. در هر دو نهاد دستورالعمل هایی برای انتشار این اوراق تدوین شده است ولی براساس قوانین بالادستی مانند قانون لایحه بودجه، قانون برنامه پنجم توسعه و غیره مرزبندی مشخصی برای تفکیک حوزه نظارت بر انتشار اوراق توسط این دو نهاد صورت نگرفته است. به عنوان

مثال بانک مرکزی و سازمان بورس و اوراق بهادار هر دو برای انتشار اوراق مشارکت، اجاره و مباحه دارای دستورالعمل مجزایی می باشند. شناسایی و مقایسه شباهت ها و تفاوت های دستورالعمل های مذکور در دو نهاد به درک بهتر مسائل مشترک میان بانک و بورس در زمینه انتشار اوراق مانند نرخ سود اوراق، ضمانت ها و ... کمک خواهد کرد.

ب) پرسش های پژوهش

سوال اصلی پژوهش

قرارداد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار چه شباهت ها و چه تفاوت هایی دارد؟

سوالات فرعی

نرخ سود قراد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار چگونه تعیین می شود؟

قرارداد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار تا چه زمانی معتبر است و چه کاربردی دارد؟

ج) اهداف پژوهش

هدف اصلی

بررسی شباهت ها و تفاوت های قرارداد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار

اهداف فرعی

مشخص کردن چگونگی تعیین نرخ سود قراد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار

مشخص کردن زمان اعتبار و کاربرد قرارداد مباحه در نظام بانکی و سازمان بورس اوراق بهادار

د) پیشینه پژوهش

رجب زاده (۱۳۹۱) پایان نامه کارشناسی ارشد خود را با عنوان "ماهیت و قواعد حقوقی حاکم بر انواع اوراق بهادار اسلامی (صکوک) انجام داده است. در این پژوهش از بین انواع اوراق صکوک، به بررسی شش نوع رایج آن که به ترتیب عبارتند از: اوراق قرض الحسنه، اجاره، استصناع، مضاربه، مشارکت و مرابحه پرداخته شده است و سعی شده است که بیشتر ابعاد فقهی و حقوقی این اوراق، قدرت نقد شوندگی آنها در بازار ثانویه و اثر ریسک بر این اوراق بهادار و نحوه مدیریت کردن آنها مورد بررسی قرار گیرد. در نهایت مهمترین نتایجی که در این پژوهش به آن پرداخته شد و مورد بررسی قرار گرفت این بود که صکوک یا اوراق بهادار اسلامی بر خلاف اوراق قرضه ماهیت ربوی ندارد زیرا هر دو شرط اساسی ربا یعنی قرارداد قرض و شرط زیاده در هیچ کدام از اوراق مربوطه وجود ندارد، هم چنین با توجه به جواز بیع دین در ایران و موافقت مشهور فقهای شیعه و مالکیت مشاع سرمایه گذاران، تمامی این اوراق از بازار ثانویه خوب و فعالی برخوردار هستند لذا مالکان اوراق هیچ دغدغه ای برای فروش قبل از سررسید ندارند. ضمناً چون انتشار صکوک مبتنی بر پشتوانه دارایی های عینی است و تمام دارایی ها با ریسک سروکار دارند لذا اوراق صکوک همیشه در معرض ریسک هستند اما بوسیله راهکارهای گفته شده در متن، این ریسکها قابل کنترل هستند

موذن (۱۳۹۲) پژوهشی با عنوان "عقود مرابحه و استصناع در نظام بانکی ایران" انجام داده است. 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، عقد است و ماهیتاً

منطبق بر بیع کالی به کالی بوده و اطلاق و عمومات آیات «احل الله البیع»، «أوفوا بالعقود»، «تجاره عن ترأض منکم» 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 تحول 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.

عباسی (۱۳۹۲) در پایان نامه کارشناسی ارشد با عنوان "اوراق بهادار مرابحه در حقوق ایران مالزی و فقه مذاهب اسلامی" ابتدا به بررسی ماهیت روابط حقوقی موجود در چهار مدل تایید شده توسط کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس، از دیدگاه حقوق ایران، مالزی و فقه مذاهب اسلامی (مذاهب اربعه و مذهب شیعه) پرداخته و پس از تطبیق آن با یکی از عقود معین یا تصحیح آن در قالب عقود غیرمعین، به آثاری که از لحاظ حقوقی به سبب انتشار این اوراق به وجود خواهد آمد و همچنین حقوق و تکالیف ارکان انتشار اوراق در هر رابطه قراردادی، بررسی کرده است.

پاسیان و اسمعیلی (۱۳۹۲) مقاله ای با عنوان "بررسی ماهیت فقهی و حقوقی ابزارهای مالی صکوک مرابحه و اجاره" نوشته اند. در این مقاله ضمن بیان اهمیت بازار بورس و تنوع ابزارهای مالی به بررسی مفهوم، ماهیت حقوقی دو نوع از ابزارهای مالی اسلامی (صکوک اجاره و صکوک مرابحه) و هم چنین تحول این ابزارها با توجه به قوانین یادشده و آئین نامه ها و دستورالعملها پرداخته شده است.

باقری و بهرامی احمدی (۱۳۹۲) تحقیقی با عنوان "رابطه حقوقی بانی و ناشر در اوراق اجاره، مرابحه و مضاربه" انجام داده اند. در این تحقیق مباحثی در باب عقود معین، با ماهیت روابط مزبور مقایسه و تحلیل می شود و برخی مسائل توصیفی نیز برای روشن شدن پاره ای از موضوعات بیان می شوند، پژوهش حاضر، از نظر ماهیت و نوع، تحلیلی-توصیفی است. علاوه بر این، مباحث این نوشتار می تواند در وضع مقررات جدید و تصحیح قوانین موجود، برای نهادهای صالح جنبه کاربردی نیز داشته باشد.

اکبری (۱۳۹۲) در پایان نامه کارشناسی ارشد خویش با عنوان "ماهیت و آثار اوراق بهادار (صکوک) مرابحه در سازمان بورس و اوراق بهادار" اشاره می کند برخی از این اوراق تنها کاربرد داخلی دارند اما برخی دیگر را در سطح بین المللی نیز می توان مورد استفاده قرار داد. درخصوص نحوه صدور و انتشار اوراق مرابحه دستورالعملی تصویب شده است. هرچند این دستورالعمل به منظور صدور اوراق مرابحه اقدامات و شرایطی را - از جمله شرایط بانی، دارایی، دارنده اوراق و... پیش بینی نموده است، لیکن درخصوص نحوه انتقال و نیز نحوه انحلال این اوراق ساکت بوده و نکته ای را بیان نمی کند. لذا به منظور مشخص شدن تمامی ابعاد استفاده از این اوراق می بایست این موضوعات نیز مورد توجه قرار گیرد، بنابراین دستورالعمل مستلزم اصلاحات جدی است.

موسویان و عباسی (۱۳۹۳) مقاله ای با عنوان "ماهیت حقوقی اوراق بهادار مرابحه" نگاشته اند. رویکرد تیم مقاله حقوقی است لکن مبانی فقهی و مدیریت مالی نیز بنا به نیاز، مورد توجه قرار گرفته است. روش تحقیق نظری- کاربردی با نگاه توصیفی و تحلیلی بوده و از ابزار کتابخانه ای بهره گرفته شده است. مباحث مطرح در ماهیت شامل خصایص و ویژگی های این اوراق و همچنین، چگونگی واگذاری و انتقال این اوراق است.

اکبری (۱۳۹۵) در پژوهشی با عنوان "ماهیت و آثار صکوک مرابحه در سازمان بورس و اوراق بهادار" می نویسد: اوراق مرابحه جزء آن دسته از اوراقی است که سود پیشبینی شده در آن معین است، لذا از خطرات و ریسک های کمتری در مقایسه با دیگر اوراق مشابه برخوردار می باشد و می تواند نظر طیف گسترده ای از سرمایه گذاران را به خود جلب نماید. این اوراق به عنوان سندی است که نشانگر مالکیت دارنده آن بر کالایی است که به صورت مرابحه ای خریداری شده است. استفاده از اوراق مرابحه بسته به نوع آن ممکن است هم در بازار اولیه و هم در بازار ثانویه مورد استفاده قرار گیرد و حتی برخی دیگر را میتوان در سطح بین المللی نیز مورد استفاده قرار داد. اما آنچه مهم است بررسی مشروعیت استفاده از اقسام مختلف اوراق مرابحه و چگونگی این استفاده می باشد.

ه) روش پژوهش

روش بحث مانند هر موضوع فقهی دیگر، روش استدلالی و تحلیلی است که بر پایه اصول و مبانی پذیرفته شده فقهای ارجمند، استوار است. گردآوری اطلاعات لازم نیز مبتنی بر ابزار کتابخانه ای و اسنادی است.

و) ساماندهی تحقیق

این پایان نامه مشتمل بر چکیده، مقدمه، بیان مساله، سوالات، پیشینه، فرضیات و اهداف و سه فصل می باشد که در فصل اول کلیات پژوهش آمده است. در فصل دوم عقد مرابحه در نظام بانکداری مورد بررسی قرار گرفته است و در فصل سوم قرارداد مرابحه در بورس اوراق بهادار بررسی شده است.

فصل اول

کلیات پژوهش (مبانی، مفاهیم و تاریخچه)

بانک و بورس دو نهاد اصلی محسوب می شوند که بخش اصلی اقتصاد جامعه را در اختیار دارند در واقع تحول اقتصاد جامعه بدون حمایت نظام بانکی و بازدهی بورس ممکن نیست. این دو نهاد از ابزارهای مختلفی برای فعالیتهای اقتصادی استفاده می کنند که یکی از آنها مباحثه است. در این فصل که کلیات پژوهش محسوب می شود، این مفاهیم اصلی پژوهش یعنی بانک، بورس و مباحثه مورد بررسی قرار می گیرد.

۱-۱- جایگاه و تعریف بانک

در اقتصاد مرز بندی مشخصی بین مؤسسات پولی و مالی وجود دارد و این مرزبندی هر گروه از صاحبان وجوه را به سمت مؤسسه خاص هدایت می کنند. افراد نیکوکار و خیر که درصدد کسب ثواب معنوی و آخرتی از وجوه خود هستند، سراغ مؤسسات خیریه و عام المنفعه می روند. افرادی که درصدد کسب سود و درآمد از طریق وجوه مازادشان بوده و حاضرند در برابر سود انتظاری بالاتر، درجاتی از مخاطره و ریسک را بپذیرند، سراغ شرکت های سهامی، شرکت های سرمایه گذاری و امثال آنها می روند و افرادی که درصدد کسب درآمد معین از طریق وجوه مالی شان هستند و از جهت روحی به کارهای ریسکی که علاقه ای ندارند، سراغ بانک ها و مؤسسات پولی مشابه آن می روند.

در ناحیه تقاضای وجوه نیز مطلب به همین منوال است. افراد نیازمند و مستحق کمک مالی، سراغ مؤسسات خیریه و عام المنفعه می روند. صاحبان مؤسسات تولیدی و تجاری که دنبال یافتن شریک بوده، درصدد انتقال ریسک و مخاطرات اقتصادی هستند، از طریق فروش سهام اقدام می کنند آن گروه از مصرف کنندگان و صاحبان مؤسسات تولیدی و تجاری که دنبال استقراض بوده و حاضرند مبلغ معینی را به صورت بهره در هزینه زندگی و هزینه تولید داشته باشند، سراغ بانک ها و مؤسسات مشابه می روند؛ بنابراین بانک، مؤسسه اقتصادی خاص است که در تعریف آن می توان گفت:

بانک یک مؤسسه انتفاعی است که با سرمایه خود و یا سپرده های مشتریان، به منظور کسب سود، اقدام به جمع آوری سپرده ها، دادن وام، اعتبار و خدمات بانکی می نماید (مجتهد و حسن زاده، ۱۳۸۲، ص ۶۵).

۲-۱- جایگاه و تعریف بانک در بانکداری بدون ربا

در قانون عملیات بانکداری بدون ربا، تعریفی از بانک ارائه و جایگاه بانک به صورت مؤسسه‌ای خاص از مؤسسات پولی و مالی تبیین نشده است؛ اما با مطالعه موارد مربوط به اهداف و وظایف نظام بانکی و مواد مربوط به تخصیص منابع می‌توان دیدگاه قانونگذار درباره بانک را به دست آورد.

از بررسی این مواد می‌توان دریافت که قانونگذار، بانک را مؤسسه‌ای جامع می‌پندارد؛ به طوری که در قسمتی از آن به امور خیریه جذب و اعطای قرض‌الحسنه می‌پردازند؛ در قسمتی دیگر همانند مؤسسات بخت‌آزمایی مشغول قرعه‌کشی و اعطای جوایز میلیونی برای برندگان خوش‌شانس هستند؛ در قسمتی دیگر همانند بازار بورس و شرکتهای سرمایه‌گذاری به خرید و فروش اوراق سهام (مشارکت حقوقی) و مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم می‌پردازند، و در قسمتی دیگر به مبادلات مالی و تنزیل اسناد بدهی مشغولند. به عبارت دیگر، از دیدگاه قانون‌گذار، بانک همه فعالیت‌های مربوط به همه مؤسسات پولی و مالی را انجام می‌دهد (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۷۸).

۳-۱- پیشینه تاریخی بانکداری

واژه بانک اصطلاحی قدیمی است که ابتدا به نیمکت صرافان گفته می‌شد. به تدریج به اماکن و سازمان‌هایی که کار صرافی و بانکداری انجام می‌دادند اطلاق گردید. قدیمی‌ترین آثار نشان می‌دهد، شروع بانکداری از معابد بوده است. قرن‌ها قبل از میلاد، مردم یونان، روم، بابل و چین معابد را مطمئن‌ترین مکان برای حفظ و نگهداری اشیاء قیمتی خود می‌دانستند. ابتدا صاحبان معابد این عمل را با نیت خیرخواهانه و حفظ اموال مردم از سرقت و غارت انجام می‌دادند و در مقابل گاهی هدایایی از صاحبان اموال می‌گرفتند و بعدها این موضوع شکل منظم‌تری پیدا کرد و به عنوان یکی از خدمات معابد به شمار می‌رفت. تا این زمان ماهیت عمل، امانتداری صرف بود. اولین تحول زمانی رخ داد که صاحبان معابد پی بردند که بخشی از اندوخته‌ها مدت زمان زیادی دست نخورده باقی می‌ماند که می‌تواند به عنوان قرض در اختیار نیازمندان قرار گیرد و در مقابل بهره‌هایی از آنان گرفته شود. این کار سود قابل ملاحظه‌ای برای معابد داشت. این امر به تدریج حس رقابت برخی از افراد را برانگیخت و باعث به وجود آمدن مؤسسات خصوصی جهت جذب سپرده‌های مردم گردید. در اندک زمانی این مؤسسات

توانستند فعالیت خود را از جذب سپرده ها و قرض اموال به خدمات بیشتری از قبیل نقل و انتقال وجوه در داخل و خرید و فروش انواع پول های خارجی و در مواردی ایجاد اسناد اعتباری گسترش دهند و در نتیجه بانک های خصوصی تشکیل شد. بانک های خصوصی نه تنها در مقابل سپرده های مردم پولی دریافت نمی کردند، بلکه حاضر بودند درصدی به عنوان پاداش پردازند. این امر سبب گردید، مردم از معابد به سمت بانک ها کشیده شوند. ابتدا صرافان در مقابل سپرده های مردم رسید صادر می کردند و هر زمان تمایل داشتند، مراجعه و پول خود را دریافت می کردند. به مرور زمان اعتماد مردم به صرافان و رسیدهای مذکور از بین رفت. تحول اساسی زمانی رخ داد که صرافان پی بردند به جای پول نقل برای قرض کننده ها نیز رسید صادر کنند. اینجا بود که ویژگی بانک یعنی خلق پول تولد یافت. کاری که کیمیاگران با زحمت فراوان نتوانستند انجام دهند صرافان با گذاشتن یک مهر و امضاء بر پای کاغذ، آن را تبدیل به طلا کردند. بدین ترتیب صرافان متناسب با اعتبارشان چند برابر اندوخته های مردم رسید پخش و پول واقعی را به عنوان پشتوانه برای مراجعات احتمالی نگه می داشتند (موسویان، ۱۳۸۶، ص ۵-۳).

۱-۳-۱- بانکداری در دوره قدیم

الف) بابل: در امپراطوری بابل معاملات به شیوه ابتدائی آن رواج داشت و حتی در قوانین حمورایی مقرراتی برای دادن وام و قبول سپرده های تجاری ذکر و دستوراتی درباره سرمایه گذاری آمده است. در شهر بابل تجارتخانه ها و بانک های بزرگی وجود داشت که دادن حواله، برات و نیز گرفتن ربح معمول بود و میزان ربح ۲۰٪ بوده و در مواردی به صدی چهل تا چهل و سه می رسید.

معابد این شهر در حدود ۲۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح به عملیات بانکی محدودی مبادرت می ورزیدند و در مقابل وثیقه اموال غیر منقول پول به عاریت می دادند.

ب) یونان: در کشور خدایان و ارباب علاوه بر بانک های خصوصی بعضی از معابد هم به کار صرافانی اشتغال داشتند. سپرده های مردم را پذیرفته و به اشخاص یا شهرها وام اعطا می کردند. از جمله معبد

دلفی بود در شهر افسن و بعلت جنگ های مداوم داخلی ، معابد مطمئن ترین محل برای نگاهداری و حفاظت اموال گرانبها و پرارزش به شمار می آمد.

پ) ایران: قبل از دوره هخامنشی ، بانکداری به طرز ابتدائی مرسوم ولی در انحصار معابد و شاهزادگان بود و در زمان هخامنشیان بازرگانی رونق یافت و پول مسکوک رواج یافت . معروفترین این بانک ها اجیبی بود که به مهاجرین یهودی مقیم بابل تعلق داشت و کلیه امور بانکی از قبیل سپرده ، اعطای وام و رهن گرفتن املاک می پرداخت و سرمایه آن برای خرید و فروش منازل ، احشام ، غلامان کشتی های حامل کالا بکار می افتاد.

ت) رم: در اوایل تاسیس دولت رم که وصول مالیات ها به شکل مقاطعه به اشخاص واگذار می شد مامورین غالباً "به شهر ها و موسسات دولتی وام می دادند . در واقع به نوعی بانکداری مبادرت می ورزیدند . بانکدارهای رومی گذشته از تبدیل پول های خارجی به پول های کشور و تعیین عیار آن ها و قبول سپرده و دادن وام ، کار صندوق داری را هم برای مشتریان خود انجام می دادند.

عملیات بانکی بانکداران رومی از بیشتر جهات شبیه به بانکداری کنونی و عبارت بود از افتتاح حساب جاری و مدت دار به نفع افراد، پرداخت بهره به سپرده های مدت دار ، دادن قرضه بانکی اعم از مصرفی و تجارتي با بهره های متفاوت، رهن و صدور اعتبار نامه نجاری و غیره .

ث) چین: در چین نیز حدود قرن ششم قبل از میلاد بانکداری رواج داشته و اختراع کاغذ (در حدود ۱۰۵ سال قبل از میلاد) در چین از نظر استفاده در عملیات بانکداری اهمیتی بسزا یافت زیرا همین کشف بود که برای اولین بار تهیه اسناد بانکی ، تنظیم محاسبات و نگهداری حساب ها و نقل و انتقال اسناد را به صورتی ارزان و ساده مقذور ساخت.

۱-۳-۲- بانکداری در قرون وسطی (از قرن پنجم تا پانزدهم میلادی)

در قرون وسطی بانکداری و تجارت به مفهوم آنچه در یونان و امپراطوری روم وجود داشت عملاً از بین رفت و پس از سقوط رم یک سیری قهقرائی در عملیات بانکی و سایر مظاهر تمدن بشری پیدا شد

. عرف بانکداری با انجام برخی عملیات بانکی توسط اقوام مختل بخصوص یهودی ها که با استعداد طبیعی این قوم که بیشتر به فعالیت های بانکی پرداخته بودند، حیات تازه ای یافت ولی با مخالفت و تعصب شدید مقامات کلیسا علیه دریافت ربح از افراد و منع مشروط آن در قوم مذهب یهود قرار گرفت. در مذهب یهود منع دریافت بهره منحصرًا^۱ به منع دریافت آن از هم کیشان یهودی تعبیر شده، بنابراین عملیات صرافی و بخصوص دریافت بهره در مقابل دادن قرضه از افراد غیر یهود بالامانع رواج یافت.

۱-۳-۳- بانکداری در دوره جدید (از قرن پانزدهم به بعد)

دوره جدید با پیشرفت تدریجی تجارت و داد ستد در سواحل دریای مدیترانه بخصوص در شهر های ونیز و فلورانس شروع شد و کشف امریکا و راههای دریائی جدید و استقرار روابط بازرگانی بین شرق و غرب کم کم دامنه فعالیت اقتصادی از سواحل دریای مدیترانه به کشور های سواحل اقیانوس اطلس مانند فرانسه _ اسپانیا _ پرتقال و انگلیس گسترش پیدا کرد . این پیشرفت توأم با استفاده روز افزون از خدمات بانکی و نتیجتاً^۲ ازدیاد حرفه بانکداری بویژه در شهر ونیز بود . با ورود طلا و نقره فراوان از آمریکا و آثار پولی در کشور های مختلف اروپائی از یک طرف و رفع ممنوعیت دریافت بهره در آئین مسیح بر اثر فتوای جان کالون رهبر پروتستانها از طرف دیگر ونیز افزایش فعالیت های بانکی و تکامل آن در فلزات قیمتی و نقل و انتقال وجوه از نقطه ای به نقطه ای دیگر و تسعیر پولهای خارجی بود با نشر اسکناس تبدیل پذیر به فلز (طلا و نقره) بصورت صد در صد باعث رونق بانکداری گردید و محلی برای قبول سپرده های نقدی مردم و دولت شد پراخت وام و اعطای اعتبار توسعه پیدا کرد و چک (پول بانکی) کم کم جز پول های در گردش شد . فعالیت و قدرت پولی این بانکداران به قدری توسعه پیدا کرد که حتی به پادشاهان (حکام) قرض می دادند و همین توسعه فعالیت و استفاده بیش از حد اعتبارات بانکی به ورشکستگی های متعددی در نیمه دوم قرن هفدهم میلادی منتهی شد و بالاخره منجر به وضع مقررات قانونی دایر به نفع عملیات بانکداران خصوصی در نشر اسکناس و ایجاد بانک های عمومی (بانک های مرکزی) در این آزمون گردید. (بانک ملی ایران، ۱۳۷۹، ص ۱۰-۸).

۱-۳-۴- تاریخچه بانکداری در ایران

گرچه معمولاً آغاز بانکداری در ایران را با شروع فعالیت شعب بانکهای خارجی در ایران می‌دانند، با این حال قبل از مشروطیت و پیش از آنکه قبل از این که بانکهای خارجی در ایران به فعالیت بپردازند، در سال ۱۲۵۸ شمسی، حاج محمد حسین امین‌الضرب (از صرافان آن زمان) پیشنهاد تاسیس یک بانک ایرانی را ارائه داد. وی ضمن اشاره به اهمیت بانک و نقش آن در پیشرفت امور صنعتی و اقتصادی کشورهای اروپایی، پیشنهاد تاسیس یک بانک ایرانی، با سرمایه مشترک دولت و ملت را به ناصرالدین شاه داد که متأسفانه، مورد توجه قرار نگرفت.

در سال ۱۲۶۶ شمسی، نخستین موسسه بانکی به مفهوم واقعی و امروزی خود در ایران تأسیس شد و با آشنایی کامل با روش‌های بانکی جدید که بر اثر قرن‌ها تکامل در کشورهای اروپایی به وجود آمده بود، شروع به کار نمود. این موسسه که با فعالیت‌های خود پایه‌های اساسی بانکداری جدید را در ایران استوار کرد، شعبه بانک جدید شرق بود که اساساً انگلیسی و مرکزش در شهر لندن بود و در مناطق جنوبی آسیا (هندوستان) فعالیت داشت.

این بانک بدون اخذ امتیاز از دولت ایران، شعبه مرکزی خود را در تهران افتتاح کرد و به عملیات بانکی پرداخت و در اندک زمانی، فعالیت خود را گسترش داد و در شهرهای تبریز، رشت، مشهد، اصفهان، شیراز و بوشهر به ایجاد شعبه اقدام نمود. عملیات بانک از هر نظر در ایران تازه و بی سابقه بود و در نتیجه از همان ابتدای کار با موفقیت رو به رو شد. افتتاح حساب جاری و قبول سپرده و پرداخت بهره به سپرده‌ها از جمله فعالیت‌های این بانک بود. اقدام دیگر این بانک، انتشار نوعی اسکناس به وسیله شعبه مرکزی خود در تهران و به شکل حواله‌های پنج قرانی به عهده خزانه دار بانک بود. این حواله‌ها تا حدودی بین مردم رواج پیدا کرد و در معاملات کوچک روزانه مورد استفاده قرار گرفت. حواله‌های مزبور به محض ارائه به بانک قابلیت تبدیل به مسکوک نقره داشت. در حالی که هنوز بیش از دو سال از تاسیس بانک جدید شرق نگذشته و با آنکه فعالیت‌های آن با موفقیت رو به توسعه بود، بانک شاهنشاهی با امتیاز مخصوص از دولت ایران تاسیس و کلیه تشکیلات بانک جدید شرق را در سال ۱۲۶۹ شمسی خریداری کرد و به عملیات آن در ایران خاتمه داد.

بانک شاهنشاهی به موجب امتیازی که در سال ۱۲۶۷ شمسی از طرف دولت ایران به بارون جولپوس دورویتر داده شد، تأسیس گردید. این بانک می‌توانست علاوه بر فعالیت‌های بانکی و تجاری، انحصاراً