

دستورالعمل
پایان نامه



دانشگاه پیام نور

دانشکده: حقوق

پایان نامه

برای دریافت مدرک کارشناسی ارشد

رشته: حقوق خصوصی

گروه: حقوق

عنوان پایان نامه:

«بررسی فقهی، حقوقی سودهای علی الحساب سپرده های بانکی و اوراق مشارکت»

بهنام جامی زندآبادی

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول دینانی

استاد مشاور: دکتر مجید درودیان

دی ماه ۱۳۹۲

فهرست مطالب	صفحه
چکیده.....	۱
مقدمه.....	۲

فصل اول: کلیات و مفاهیم

۱-۱) تفاوت‌های بانکداری بهره ای از بانکداری مشارکتی.....	۱۰
۲-۱) مفهوم سود.....	۱۴
۱-۲-۱) بررسی لغوی و اصطلاحی سود.....	۱۴
۲-۲-۱) وضعیت حقوقی سود و بهره.....	۱۵
۳-۲-۱) وضعیت فقهی بهره و سود.....	۱۷
۳-۱) سود علی الحساب.....	۱۹
۱-۳-۱) مفهوم سود علی الحساب.....	۱۹
۲-۳-۱) جایگاه قانونی «سود علی الحساب» در نظام بانکداری ایران.....	۱۹
۴-۱) انواع سپرده های سرمایه گذاری در نظام بانکداری مشارکتی.....	۲۳
۵-۱) اوراق مشارکت.....	۲۵
۱-۵-۱) تعریف اوراق مشارکت و نسبت آن با اوراق قرضه.....	۲۶
۱-۱-۵-۱) تعریف اوراق مشارکت.....	۲۶
۲-۱-۵-۱) اوراق مشارکت و اوراق قرضه.....	۲۷

فصل دوم: تضمین سرمایه

- ۱-۲) ماهیت فقهی، حقوقی سپرده های مدت دار بانکی ۳۲
- ۱-۱-۲) نظریه مضاربه ۳۳
- ۲-۱-۲) نظریه مشارکت ۳۵
- ۳-۱-۲) نظریه قرارداد حقوق عمومی ۳۶
- ۴-۱-۲) نظریه وکالت ۳۷
- ۱-۴-۱-۲) نظریه وکالت در رابطه با بانکها و مشتریان ۳۸
- ۲-۴-۱-۲) ایرادات نظریه وکالت ۳۹
- ۱-۲-۴-۱-۲) عدم انطباق وکالت با قصد طرفین ۳۹
- ۲-۲-۴-۱-۲) عدم انطباق نحوه سود و زیان دهی با نظریه وکالت ۴۰
- ۱-۲-۴-۱-۲) تعیین حداقل سود به وسیله بانک ۴۰
- ۲-۲-۴-۱-۲) عدم توجه زیان به سپرده گذار ۴۱
- ۳-۲-۴-۱-۲) تلقی وجوه پرداختی به سپرده گذاران به عنوان هزینه های بانک ۴۲
- ۴-۲-۴-۱-۲) امانی تلقی نشدن وجوه سپرده ۴۲
- ۲-۲) ماهیت فقهی، حقوقی اوراق مشارکت ۴۲
- ۱-۲-۲) اوراق مشارکت و وکالت ۴۳
- ۲-۲-۲) اوراق مشارکت و عقد شرکت ۴۶

- ۳-۲-۲ دیدگاه حقوقدانان درباره ماهیت اوراق مشارکت ۴۶
- ۳-۲ تضمین سرمایه ۴۸
- ۱-۳-۲ عامل تغییر ماهیت ۴۸
- ۲-۳-۲ مبطل عقد ۵۰
- ۳-۳-۲ بطلان شرط ۵۲
- ۴-۳-۲ صحت شرط ۵۲
- ۵-۳-۲ مفهوم ضمان سرمایه ۵۳
- ۱-۵-۳-۲ ضمان تصرف در سرمایه ۵۳
- ۲-۵-۳-۲ عدم ورود خسارت به مالک ۵۵
- ۳-۵-۳-۲ تملیک مجانی معادل خسارت وارده ۵۶
- ۴-۵-۳-۲ تعهد ضامن به جبران خسارت احتمالی ۵۷
- نتیجه بحث ۶۰

فصل سوم: تضمین سود

- ۱-۳ پیش تعیین سود ۶۲
- ۱-۱-۳ نظر فقها درباره پیش تعیین سود ۶۴
- ۲-۱-۳ ادله فقها بر بطلان پیش تعیین سود ۶۵
- ۱-۲-۱-۳ اجماع ۶۶

- ۳-۱-۲-۲) برخورد با مقتضای عقد ۶۶
- ۳-۱-۲-۳) ظهور روایات در بطلان پیش تعیین سود ۶۶
- ۳-۱-۲-۴) ضرری بودن شرط پیش تعیین سود ۶۶
- ۳-۱-۲-۵) ربوی بودن شرط پیش تعیین سود ۶۷
- ۳-۱-۲-۶) عدم مشروعیت شرط پیش تعیین سود ۶۷
- ۳-۱-۲-۷) عدم اطمینان به حصول سود معین ۶۸
- ۳-۱-۳) طرح و نقد ایرادات وارد بر دلایل بطلان شرط پیش تعیین سود ۶۸
- نتیجه بحث ۷۶
- ۳-۲-۲) شرط تضمین سود ۷۷
- ۳-۲-۱) شرط تضمین سود و مقتضای عقد ۷۷
- ۳-۱-۲-۱) مفهوم مقتضای عقد ۷۸
- ۳-۱-۲-۲) صورتهای مخالفت شرط با مقتضای عقد ۸۲
- ۳-۲-۲) شرط تضمین سود و مقتضای عقد مضاربه ۸۳
- ۳-۲-۲-۱) ید امانی مضارب و مقتضای عقد مضاربه ۸۳
- ۳-۲-۲-۲) جایز بودن عقد مضاربه و مقتضای عقد مضاربه ۸۵
- ۳-۲-۲-۳) عدم برخورد شرط تضمین سود با مقتضای عقد مضاربه ۸۶
- ۳-۲-۳) شرط تضمین سود و ضمان مالم یجب ۸۸

۱-۳-۲-۳	معنای ضمان ما لم یجب	۸۹
۱-۱-۳-۲-۳	دیدگاه اول	۸۹
۲-۱-۳-۲-۳	دیدگاه دوم	۹۰
۳-۱-۳-۲-۳	دیدگاه سوم	۹۰
۲-۳-۲-۳	بررسی عنصر سبب	۹۱
۳-۳-۲-۳	تطبیق شرط تضمین سود بر ماده ۶۹۱ ق.م.	۹۴
۴-۲-۳	شرط تضمین سود و عنصر مخاطره	۹۵
۱-۴-۲-۳	مبانی حقوقی نهاده بودن مخاطره در حقوق اسلام	۹۶
۱-۱-۴-۲-۳	تحلیل حقوقی نظریه شهید صدر در باب سود	۹۷
۱-۱-۱-۴-۲-۳	کار به عنوان منشاء منحصر به فرد در آمد	۹۷
۲-۱-۱-۴-۲-۳	تعلق سود حاصل از سرمایه گذاری به صاحب کالا	۹۸
۲-۴-۲-۳	شواهدی فقهی بر صحت نظریه تبعیت سود از خطر	۱۰۴
	نتیجه گیری	۱۰۷
	پیشنهادات	۱۱۲
	فهرست منابع	۱۱۴

چکیده

جذب نقدینگی برای توسعه امور سرمایه گذاری با ابزار مختلفی صورت می پذیرد که هدف در تمامی انواع مختلف روش های جذب سرمایه کسب سود می باشد. یکی از عوامل مهم که موجب جلب توجه و اعتماد سرمایه گذاران می شود، تضمین سود می باشد که این امر در سپرده های بانکی و اوراق مشارکت با گنجاندن سود علی الحساب محقق می شود. در سودهای علی الحساب، اصل سرمایه و سود تا میزان علی الحساب علام شده تضمین می گردد. بین سود و بهره مرزهای مشخصی وجود دارد، اما با تضمین سود این مرزها از بین رفته و سود تبدیل به بهره می شود. هر چند ایرادات متعددی بر پیکره تضمین سرمایه وارد شده است ولی با توجه به مفهوم عرفی تضمین سرمایه که همان تعهد به جبران خسارت احتمالی است تضمین سرمایه عملی نافذ و صحیح می باشد. پیش زمینه تضمین سود، پیش تعیین سود می باشد. مهمترین ایراد بر پیکره پیش تعیین سود این است که حصول سود امری کاملاً احتمالی می باشد و بیشتر از اینکه به پیش بینهای طرفین بستگی داشته باشد، به تغییر و تحولات بازار و شرایط محیطی وابسته است. تضمین سود برخوردی با اشکال مختلف مقتضای ذات عقد ندارد و مصداقی از ضمان مالم یجب نیست؛ اما مهمترین ایراد بر پیکره تضمین سود این است که با توجه به اینکه این عنصر خطر است که مستحقین سود را در پروژه های سرمایه گذاری مشخص می کند، تضمین سود با حذف عنصر مخاطره نسبت به مشروط له مجوز نظری کسب سود را از بین می برد و باعث می شود سود علی الحساب در قالبی غیر از قالب ربوی نگنجد.

واژگان کلیدی:

بهره، سود علی الحساب، بانکداری مشارکتی، شرط تضمین سود، قاعده ریسک

مقدمه

مشخصه بارز جوامع امروزی سرعت در حرکت رو به جلو و دگرگونی رسوم اجتماعی است. نیازهای جدید جوامع بشری مسائل مستحدثه فراوانی را فراروی پژوهشگران حوزه های مختلف علوم قرار داده است. ساختارهای سنتی تحقیق جوابگوی پژوهش در حوزه های مختلف علوم امروزی نیستند. علوم بشری به حوزه های بسیار جدیدی پای نهاده و این معلول تخصصی شدن مطالعات در حوزه های مختلف علوم است. هر محققى همگام با تحولات اجتماعى به حوزه های جدید مطالعاتی وارد می شود و یکی از مشکلات اساسی تحقیق همین امر است، محقق نه باید چنان با سرعت به پیش رود که بنای پیشینیان را در هم بریزد و نه چندان اسیر زنجیرهای سنت باقی بماند که نظریه هایش جوابگوی نیازهای امروز نباشد. در این مسیر بایستی با احتیاط حرکت کرد؛ تا هم از داشته های پیشینیان توشه برداشت و هم پاسخ نیازهای جدید را داد. به عبارت دیگر تکیه برمسائل سنتی برای پایه ریزی منطق حقوق و جهت بخشیدن به اندیشه ها مفید و ضروری است، چه بهتر که بنایی نوپا برپایه ای کهن شکوفا شود و ریشه ای استوار یابد.

لیکن، این چهره حقیقت ما را نباید از سوی دیگر آن غافل کند. اگر بپذیریم که حقوق مجموعه قواعد زندگی در اجتماع است، باید پذیرای این واقعیت نیز باشیم که هر شیوه زندگی از آنجا که سوار بر عنصرزمان است و به اقتضای حرکت نیازها و لوازم خاص خود را می طلبد، بالیدن به بنای رفیع پیشینیان و محصور ماندن در دیوارهای محکم سنتی داروی رفع نیازهای کنونی نیست. به طور مثال، قواعد ساده و اولیه سرمایه گذاری دیگر جوابگوی جامعه مترقی و پیشرفته کنونی نیست و باید با تکیه بر اصول کلی هر نظام اقتصادی راهکارهای جدید و متناسبی برای روابط پیچیده و گسترده سرمایه گذاری ارائه شود.

در کلیه نظام های اقتصادی سرمایه گذاری یکی از ابزارهای مهم کنترل نقدینگی در جامعه است. و این امر در کشورهای جهان سوم نقش پررنگ تری دارد. سپرده گذاری در بانک و خرید اوراق مشارکت مهمترین

نوع سرمایه گذاری در این کشورهاست. عدم وجود زیر ساخت های مناسب و ضریب امنیت پایین برای سرمایه گذاری از یک طرف و تنوع و جذابیت و از همه مهم تر تضمین سود از طرف دیگر عواملی هستند که باعث می شوند، سپرده های بانکی و اوراق مشارکت حجم گسترده ای از سرمایه گذاری را به خود اختصاص دهند.

از حدود یک قرن پیش زمانی که محققین اقتصاد اسلامی به بحث از انطباق و عدم انطباق سیستم اقتصاد لیبرالیستی با سیستم اقتصاد اسلامی پرداختند، یکی از مهمترین مسائلی که همواره موضوع بحث و محل مناقشه بوده است، بحث سودهای بانکی و ابزارهای انقباض و انبساط نقدینگی بازار توسط دولت می باشد. به نظر همه فقها و غالب اقتصاد دانان مسلمان سودهایی که به سپرده های بانکی و اوراق قرضه در سیستم اقتصاد بازار آزاد پرداخت می شود بر اساس مبانی فقه اسلامی ربوی می باشد.

در کشور ما بعد از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی متفکران حوزه و دانشگاه به این نتیجه رسیدند که باید لکه ننگ ربا و ربا خواری را از دامن کشور اسلامی بزدايند. قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ و قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت در سال ۱۳۷۶ پیرو همین تلاش ها به تصویب رسیدند که در آن عقود مشارکتی جایگزین بهره در نظام سرمایه داری شده است.

محققین عرصه اقتصاد اسلامی برای مشروعیت بخشیدن به قراردادهای فوق راهکارهای گوناگونی پیشنهاد کرده اند که یکی از آنها پرداخت سود به صورت علی الحساب می باشد. در سودهای علی الحساب اصل سرمایه و سود سرمایه گذار توسط سرمایه پذیر یا شخص ثالث (در اوراق مشارکت) تضمین می شود. علاوه بر این سود سرمایه گذار هم به نسبت درصد معینی از اصل سرمایه (نه سود) از پیش تعیین می شود.

موافقان این سودها برای توجیه این روند و مشروعیت آن استدلالهایی ارائه کرده‌اند که به دو مورد از آنها اشاره می‌شود:

۱- سپرده‌گذار هنگام عقد قرارداد سود و زیان حاصله در جریان سرمایه گذاری را به درصد مشخصی از سرمایه صلح می‌کند.

در رد این استدلال باید توجه داشت که اولاً صلح منافع زمانی صحیح است که این منافع به صورت عادی و در سیر عادی امور به دست آید که این شرط در قراردادهای بانکی صادق نیست. ثانیاً سپرده‌گذاران قصد صلح منافع را ندارند و عقد بدون قصد باطل است. در واقع تمام قصد آنها نوعی اجاره پول می‌باشد؛ هر چند طبق قانون اجاره پول صحیح نیست.

۲- در عصر کنونی با پیشرفت علم و تکنولوژی میزان سود حاصله در سرمایه گذاری‌ها با اندک اختلافی قابل پیش‌بینی است و بحث احتمالی بودن سود و زیان و قاعده ریسک در جامعه فعلی مطرح نیست.

اگر این استدلال صحیح باشد باید شاهد شکوفایی روز افزون جامعه از بعد اقتصادی باشیم و همه سرمایه‌گذارها به سود پیش‌بینی شده دست یابند، در حالی که کاملاً عکس این قضیه اتفاق افتاده و سالانه شاهد ورشکستگی صدها بانک و شرکت معتبر می‌باشیم که هر کدام دارای اقتصاددانان خبره‌ای می‌باشند.

سودهای علی‌الحساب به لحاظ فقهی و حقوقی از جنبه‌های مختلفی قابل بررسی بوده و اشکالات فقهی پیرامون آن مطرح است. یکی از مهمترین اشکالات مطرح شده بحث تضمین اصل سرمایه از طرف سرمایه‌پذیر می‌باشد. همچنین این موضوع قابل بررسی است که تضمین سود در قالب عقود مشارکتی اسلامی از مشروعیت فقهی و حقوقی برخوردار است یا نه؟ بحث دیگری که در این زمینه مطرح می‌گردد این است

که با توجه ممنوعیت پیش تعیین سود در فقه اسلامی، سودهای علی الحساب واقعا متغیر و از قبل تعیین

- نشده است، یا این که صرفاً این سودها نام علی الحساب را بر خود گرفته‌اند و در واقع سود قطعی می باشند؟

ایراد و ابهام مهم دیگر در این باره، بحث تضمین سود علی الحساب توسط سرمایه پذیر می باشد و اینکه این نوع تضمین به لحاظ فقهی با مبانی و فلسفه عقود مشارکتی تعارضی دارد یا خیر؟

نگارنده با مطالعه در زمینه مشروعیت سود سپرده های بانکی به این نتیجه رسید که هر چند کاره ایی در این زمینه انجام گرفته و کتاب ها و مقالاتی تالیف شده است اما، سمت و سوی اکثر این کارها در جهت تشریح و توجیه روال موجود در بانکها و قراردادهای بانکی می باشد.

- در رساله یا پایان نامه ای به صورت خاص به موضوع مشروعیت سودهای بانکی بالاخص سودهای علی الحساب از جنبه فقهی و حقوقی پرداخته نشده است اما، چند عنوان پایان نامه در مورد قانون عملیات بانکی بدون ربا و مقایسه آن با فقه امامیه وجود دارد که به دلیل کلی بودن مبحث، مجال پرداخت ویژه به موضوع سودهای علی الحساب به صورت دقیق و جامع الاطراف دست نداده است چند مقاله مرتبط نیز در این زمینه وجود دارد که یکی از این مقالات نوشته آقای دکتر باریکلو با عنوان شرط تضمین سود می باشد . به نظر نگارنده ایشان در این مقاله سعی در توجیه روال موجود در بانکها داشته و پاسخ قانع کننده ای به مخالفان خود نداده است.

به عنوان مثال ایشان در جواب این استدلال که شرط پیش تعیین سود به نحو مقدار مشخصی از سرمایه با قواعد مضاربه و قاعده ریسک منافات دارد، می نویسند: «این دلیل در زمان گذشته قابل توجه بود زیرا در گذشته عملیات اقتصادی و سود آور مانند جامعه معاصر منظم و قابل محاسبه نبود ولی، امروزه هر کس در تجارتي فعالیت می کند عرفاً و شخصاً میزان درآمد و سود او با اندک اختلاف قابل پیش بینی است ...

همچنین در عرف مسلم است که سرمایه پذیر طوری شرط را تنظیم می کند که حداقل بیشتر از سهم سرمایه گذار سود عاید او شود؛ بنابراین حصول سود معین شده در قرارداد از دیدگاه عرف مسلم است».

اگر اینگونه که استاد استدلال کرده اند سودآوری طرح های سرمایه گذاری امری مسلم و حتمی باشد، پس، چگونه می توان ورشکستگی سالانه صدها بانک و شرکت معتبر تجاری را که دارای اقتصادانان خبره ای می باشند توجیه کرد. ایرادات و ابهامات فوق و همچنین سوالات متعدد دیگری پیرامون سودهای علی الحساب مطرح می باشد.

با مد نظر قرار دادن توضیحات فوق به نظر می رسد تحقیقی جامع در خصوص سودهای علی الحساب لازم است، تا به تمامی سوالات فوق پاسخ داده شده و در قالب تحقیقی مفصل به موضوع پرداخته شود.

روش تحقیق در این رساله، کتابخانه ای می باشد که اطلاعات گردآوری شده در این رساله از طریق کتب و مقاله های مربوطه و همچنین با استفاده از بانکهای اطلاعاتی مختلف و همچنین با بهره گیری از شبکه های کامپیوتری مطالب مورد نیاز جمع آوری شده و سپس اطلاعات گردآوری شده بر اساس سر فصل ها طبقه بندی شده و همگی بصورت موضوعی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته اند.

مطالب حاضر در این رساله در سه فصل تنظیم شده است:

در فصل اول تحت عنوان کلیات و مفاهیم، بعد از شرح مختصری از تفاوت های بانکداری بهره ای و بانکداری مشارکتی، توضیحاتی در مورد اصطلاحات موجود در عنوان رساله داده خواهد شد؛ بدین صورت که ابتدا اصطلاح «سود» به عنوان کلمه کلیدی عنوان از نظر لغوی و اصطلاحی بررسی می شود، سپس تفاوت های فقهی و حقوقی سود و بهره به صورت مقایسه ای توضیح داده می شود. در ادامه «سود علی الحساب» به عنوان اصطلاحی جدید تعریف شده و جایگاه قانونی آن در نظام بانکداری اسلامی بررسی

می‌شود. تعریف و بررسی انواع «سپرده‌های بانکی» قسمت بعدی این بخش را تشکیل می‌دهد. در این قسمت توضیح داده می‌شود که از انواع سپرده‌های بانکی، فقط سپرده سرمایه‌گذاری موضوع بحث ما بوده و سایر انواع سپرده‌ها (سپرده قرض الحسنه و پس‌انداز جاری) به علت عدم تعلق سود به آنها از حیطه این رساله خارج می‌باشد. اصطلاح «اوراق مشارکت» به عنوان آخرین بحث این فصل تعریف شده و با اوراق قرضه مقایسه شده و جهات تشابه و افتراق آنها بیان می‌گردد.

در فصل دوم بحث «تضمین سرمایه» آورده می‌شود.

برای اینکه درک درستی از مفهوم تضمین سرمایه داشته باشیم، باید ماهیت قراردادی که شرط تضمین در آن گنجانده شده است را مشخص کنیم؛ برای همین در قسمت اول این بخش ماهیت فقهی، حقوقی سپرده‌های سرمایه‌گذاری و اوراق مشارکت را بررسی کرده و نظرات مختلف در این زمینه را تجزیه و تحلیل می‌کنیم.

در قسمت انتهایی این بخش حکم تضمین سرمایه آورده می‌شود، به طوری که مفهوم ضمان سرمایه از دیدگاه فقها و اساتید حقوقی بررسی شده و با منطق و استدلال توضیح داده می‌شود.

فصل سوم و پایانی این رساله با عنوان کلی تضمین سود در دو بخش ارائه می‌شود.

در بخش اول بحث پیش تعیین سود مطرح می‌گردد. برای اینکه سودی تضمین شود باید آن سود قبلاً توسط مکانیسمی تعیین شده باشد تا بتوان بحث تضمین را مطرح کرد. در مورد پیش تعیین سود و اینکه آیا پیش تعیین سود به میزان نسبت مشخصی از سرمایه (نه سود) از جهت شرعی نافذ است یا نه، نظرات مختلفی ارائه شده است که در جای خود بررسی خواهد شد.

در بخش دوم بحث تضمین سود از پیش تعیین شده مطرح می گردد؛ مهمترین ایراد به بحث تضمین سود این است که آیا تضمین سود به میزان علی الحساب، سود را تبدیل به بهره نمی کند؟ آیا تضمین سود قاعده ریسک را حذف نمی کند؟ به عبارتی دیگر آیا حذف قاعده ریسک با تضمین سود، عملاً دادن ربا نیست؟ یکی از ویژگی های مهم این تحقیق این نکته است که اکثر مطالبی که مطرح و مورد بررسی قرار می گیرد تاکنون به صورت شاخص و ویژه مطرح و بررسی نشده است و نگارنده خود سعی کرده است نکاتی را که در مورد موضوع قابل بحث و بررسی می نمود، کشف و به بحث و بررسی پیرامون آنها پردازد و به همین دلیل شاید در نگاه اول تحقیق حاضر از انسجام کافی برخوردار نباشد ولی این امر به دلیل این است که سعی شده از آوردن مطالب تکراری خودداری شود و تا آنجا که امکان دارد مطالبی که تاکنون مورد بررسی قرار نگرفته است را مورد کنکاش قرار دهد. به هر حال نوشتار حاضر مسلماً خالی از اشکال نیست و امید است که اساتید محترم و سایر صاحب نظران حقیر را در رفع مشکلات رساله حاضر یاری فرمایند.

فصل اول :

کلیات و مفاهیم

مطالعات در عرصه‌های گوناگون با توجه به موضوع مورد مطالعه شیوه‌های مختلفی به خود می‌گیرد. در

همین راستا زمانی که موضوع مورد مطالعه عنوانی جدید است که تاکنون مطالعه جامعی پیرامون آن صورت

نپذیرفته است، اولین گام در آغاز تحقیق پیرامون پروژه مورد تحقیق، مفهوم‌شناسی اصطلاحات به کار رفته در عنوان تحقیق است. در پی همین شیوه در این قسمت از پایان نامه حاضر، پس از شرح مختصری از «تفاوت‌های بانکداری بهره‌ای و بانکداری مشارکتی»، عناوین «سود» «سود علی الحساب» «سپردهای بانکی» و «اوراق مشارکت» مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا معلوم گردد مقصود از سودهای علی الحساب سپردهای بانکی و اوراق مشارکت چیست.

1-1) تفاوت‌های بانکداری بهره‌ای از بانکداری مشارکتی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی تغییر و تحول در کلیه شئون اقتصادی حاصل شد و به تبع آن دگرگونی‌های اساسی در نظام بانکی ایجاد گردید. در راستای این تغییرات قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب رسید.

برای اینکه تصویر مشخصی از یک سیستم بانکداری اسلامی (غیر ربوی) در مقایسه با بانکداری بهره‌ای داشته باشیم به مهمترین اختلافاتی که تاکنون برای آنها ترسیم شده است اشاره می‌گردد:

- اولین و بارزترین اختلاف از لحاظ ساختار است که در نظام ربوی، سیستم بانکداری مبتنی بر بهره است ولی در بانکداری اسلامی، بنا بر مشارکت در سود و زیان گذاشته شده است، به عبارت دیگر وجه تمایز فوق‌العاده برجسته در یک سیستم اسلامی، شرکت بانک در سود و زیان احتمالی می‌باشد.

- در سیستم ربوی تسهیلات اعتباری مستقیماً از بانک به مشتری منتقل می‌شود، حال آنکه در بانکداری مشارکتی جز در مورد قرض الحسنه، تسهیلات اعطایی مستقیماً از بانک در اختیار مشتری قرار نمی‌گیرد. مفهوم آن این است که، در بانکداری مشارکتی تسهیلات بانکی در قالب انتقال مالکیت و در هر مورد به گونه‌ای خاص از بانک به مشتری منتقل می‌شود (سلگی، ۱۳۸۹: ۱۸).

- در سیستم ربوی، بانک صرفاً واسطه وجوه است ولی در سیستم غیرربوی نقش بانک لزوماً در واسطه بودن وجوه خلاصه نمی‌شود و فراتر از آن نقش وکالتی بانک است. به عبارت دیگر بانکداری مشارکتی علی‌الاصول مبتنی بر رابطه وکیل و موکل است و نه داین و مدیون. بر این وجه افتراق دو نظام، آثار حقوقی متعددی متراتب است (سلگی، ۱۳۸۹: ۱۸).

- استفاده بهینه از منابع به لحاظ تعدد و تنوع تسهیلات اعطایی در بانکداری مشارکتی با سهولت بیشتر امکان پذیر است (زمانی، ۱۳۷۵: ۹۴).

- بانک غیر اسلامی از نظر حقوقی و اقتصادی و همچنین از نظر تاریخی، پول را یک شیء، یک کالا، یک مال التجاره مد نظر قرار می‌دهد که می‌توان آن را مورد استفاده قرار داد و از آن سود برد. اخذ پول با بهره‌ای کمتر و اعطای آن با بهره بیشتر و درآمد حاصل از این شیء به عنوان مال التجاره، درآمد اصلی بانک ربوی را تشکیل می‌دهد. در بانکداری مشارکتی این تصویر به کلی عوض می‌شود یعنی با حذف بهره و تحریم ربا، پول حالت اصالت خود را از دست می‌دهد و بانک به عنوان واسطه، به صاحبان این پول و کسانی که از این پولها و سپرده‌ها استفاده می‌کنند می‌اندیشد. به عبارت دیگر، بحث اساسی واسطه بودن است بین صاحبان سپرده و افرادی که از این پول به عنوان مضاربه، مشارکت، جعاله و سایر عقود که در بانکداری مشارکتی مطرح است، استفاده می‌کنند. این حالت واسطه بودن ویژگی خاص و مهمی است که می‌بایستی در بانکداری مشارکتی حفظ شود و مبتنی بر تحلیل فلسفی و نگرشی است که اسلام به پول دارد. یعنی پول را از نظر تحلیلی به عنوان یک وسیله مبادله مورد بررسی قرار می‌دهد، گرچه از نظر حقوقی ممکن است پول کالا باشد، مال باشد، از نظر فقهی آثار مالی بر آن مترتب باشد، لکن اقتصاد اسلامی برای آن قائل به اصالت نیست و به عبارت دیگر نگرش اقتصاد اسلامی به پول، وسیله مبادله بودن آن است (هاشمی، ۱۳۷۰: ۷۰). در اقتصاد اسلامی، پول هنگامی واجد صفت سرمایه خواهد بود که با یکی از عوامل تولید و مشخصاً عامل

کار، از نظر حقوقی ترکیب شود. در این صورت بازده حاصل از ترکیب عامل کار و عامل سرمایه، سود به مفهوم واقعی آن خواهد بود که با مفهوم بهره از این دیدگاه کاملاً متفاوت است (هاشمی، ۱۳۷۰: ۷۱).

- یکی از تفاوت‌های اصلی بانکداری مشارکتی با بانکداری مبتنی بر بهره آن است که در نظام بانکداری مبتنی بر بهره، نرخ بهره، میزان عایدی سپرده‌گذار را بر اساس درصدی از سپرده و مدت زمان سرمایه‌گذاری تعیین می‌کند؛ زیرا از همان ابتدا که صاحبان منابع مالی مازاد به بانک مراجعه می‌کنند، مشخص می‌شود که به طور تضمینی در سررسید، چقدر عایدی بهره به آنان تعلق می‌گیرد؛ اما در بانکداری مشارکتی فقط سهم سود صاحب سرمایه مشخص، و سود در انتهای کار، و پس از حسابرسی سود و زیان پروژه تعیین می‌شود، بنابراین در حالی که در طرف تجهیز منابع در عملیات بانکی مبتنی بر بهره، نوعی تضمین وجود دارد در عملیات بانکی بدون بهره که با سرمایه‌گذاری و تولید سر و کار دارد، عدم تضمین و عدم اطمینان جزء ذاتی آن است.

حال اگر در نظام بانکی بدون بهره در طرف تجهیز منابع، نرخ سود را به نوعی تضمین کنیم یا نرخ سود علی‌الحساب داشته باشیم که تضمین عملی داشته باشد، عملکرد طرف تجهیز منابع در بانکداری با بهره و بدون بهره مشابه خواهد بود. نرخ سود تضمین شده یا سود علی‌الحساب باعث می‌شود در ریسک‌پذیری بالفعل جامعه برای سرمایه‌گذاری و اقدامات کار آفرینی کاهش یابد، زیرا آستانه اقدام را پایین می‌آورد (حسین زاده بحرینی، ۱۳۷۵: ۸۳).

- در بانکداری ربوی، اساس فعالیت‌ها بر روی وام استوار است و هر چه وثیقه گران‌بها تر باشد مبلغ وام بیشتر خواهد شد؛ بنابراین این نظام بیشتر در خدمت اغنیاء و ثروتمندان است تا گروه و طبقات دیگر؛ در حالی که در بانکداری مشارکتی که اساس آن بر مشارکت بنا نهاده شده است، بعد از تنظیم قرارداد مشارکت، وثیقه به طور تطبیعی به وجود می‌آید، به عبارت دیگر اگر قرارداد مشارکت مثلاً برای تاسیس

کارخانه باشد، وثیقه در تمام مراحل مربوط به خرید زمین، زیر سازی، احداث کارخانه و ... به وجود می آید و دیگر برای تامین مالی کارخانه وثیقه از قبل آماده شده مورد نیاز نیست. در نهایت آنکه وثیقه‌های وام‌های ربوی در سیستم سرمایه‌داری، ثروت و دارایی‌هایی است که قبلاً به وجود آمده‌اند، در حالی که در بانکداری مشارکتی اساس تامین مالی نیازهای سرمایه‌گذاری دارایی‌هایی است که به تدریج به وجود می آید و می - توان نتیجه گرفت که تولید دارایی‌های جدید در بانکداری اسلامی بیش از تولید دارایی در سیستم سرمایه - داری است (توتونچیان، ۱۳۷۴: ۴۰۷).

- در بانکداری ربوی، هدف در حداکثر رساندن سود خلاصه می‌شود، و این با هدف بانکداری مشارکتی که تامین عدالت اقتصادی و توزیع عادلانه درآمد، خطوط اساسی آن را تشکیل می‌دهد قابل مقایسه نیست (زمانی، ۱۳۷۵: ۹۶).

2-1) مفهوم سود

برای اینکه معلوم شود مقصود از سود چیست، در این قسمت به توضیح اصطلاح سود می‌پردازیم.

1-2-1) بررسی لغوی و اصطلاحی سود

سود در لغت در معنای مختلفی از جمله : فایده، نفع، بهره، حاصل، محصول، فتح و پیروزی آمده است (معین، ۱۳۸۸). این واژه در فرهنگ‌های تخصصی اقتصادی سود در معنای عام خود آمده است به گونه‌ای که به معنای لغوی خود نزدیک است. در این معنا سود عبارت است از نفع مادی یا غیر مادی که از فعل یا ترک فعل بدست می‌آید (فرهنگ، ۱۳۷۱).

سود در لغت معنی عام و گسترده‌ای دارد به گونه‌ای که هر نوع منفعتی را که فرد از اموال خود کسب کند را شامل می‌شود، ولی در حوزه اصطلاحی معنای مضیق‌تری دارد، بطوریکه در یک تعریف کلی می‌توان