

قراردادهای بانکی در پرتو الزامات بانکداری اسلامی

محسن گودرزی^۱، مجتبی دهقان^۲

^۱ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی شیراز، فارس، ایران

^۲ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی مرودشت، فارس، ایران

چکیده

در نظام حقوقی ناظر بر بانکداری در اقتصاد جهان و خاصه کشور اسلامی ایران تأکید بر شاخصه عدم ربوی بودن اقدامات و روح حاکم بر قراردادها و سپرده‌های بانکی، حائز اهمیت می‌باشد. در کشور ایران به واسطه حاکمیت قانون و شرع به صورت توأمان تحولات و نوآوری‌های بزرگی در بانکداری و عملیات مربوط به آن به وجود آمده است. بانکداری بدون ربا با تأکید بر آموزه‌های دین مبین اسلام در کشور ایران تبلور یافته و بالتبع در حوزه تسهیلات، سپرده‌ها و... نیز راه یافته و متجلی گردیده است. در نظام بانکداری در ایران سابق بر انقلاب اسلامی شاهد حاکمیت سیستم ربوی بر نظام بانکداری و ابعاد مختلف آن بوده‌ایم. پاک‌سازی سیستم بانکداری مستلزم تلاش و اراده قوی بود که در نظام جمهوری اسلامی ایران عملاً رخ داد و امروزه شاهد نوعی بانکداری با تأکید بر حفظ سرمایه مردم و توجه به منافع آن‌ها و درعین حال بدون ربا می‌باشیم. البته تحقق کامل و مطلق این امر همچنان مستلزم بررسی و تلاش و تکیه بر مبانی قانونی و فقهی در پرتو شرع مقدس اسلام می‌باشد و بایستی متخصصین امر در حوزه قانون و فقه اصلاحات لازم و به‌روزرسانی‌های کافی را پیشنهاد و در حوزه تقنین و نظارت نیز پیگیری و محقق گردد. در پژوهش حاضر با بررسی معیارها و عملیات مختلف ذیل نظام بانکداری کشور سعی در بررسی قراردادهای بانکی در پرتو الزامات بانکداری بدون ربا گردیده و میزان استقلال یا اثرپذیری آن‌ها را از عدم ربوی بودن بررسی می‌نماییم. نتایج پژوهش حاکی از آن است که قراردادهای بانکی در نظام بانکداری کشور عمدتاً مطابق با موازین و الزامات فقهی و شرعی تنظیم می‌گردند لیکن همچنان بایستی تلاش بیشتر در راستای اصلاح و اساسی سازی آن‌ها توسط متخصصین قانون و فقه صورت پذیرد.

واژگان کلیدی: قراردادهای بانکی، الزامات بانکداری، ربا، بانکداری اسلامی، بانکداری بدون ربا

مقدمه

بانک پدیده‌ای با ریشه‌های غربی است که در اوایل قرن بیستم به کشورهای اسلامی راه یافت. این نهاد پس از ورود خود به این کشورها تا چندین سال توانست ماهیت ربوی خود را که مولود مبانی فکری غیر اسلامی بود حفظ کند. اما پس از چندی در سایه ارتباط بیشتر مسلمانان با بانک و نیاز روز افزون ایشان به خدمات مالی و اعتباری آن، اندیشمندان مسلمان به فکر تغییر الگوی بانکداری متعارف و حذف ربا به عنوان اصلی‌ترین شاخصه این نظام افتادند.^۱

در بانکداری متعارف (ربوی) سپرده‌گذاران هیچ مسئولیتی در قبال فعالیت‌های بانک ندارند و نتایج عملیات بانکی سود باشد یا ضرر، هیچ فرقی برای آنان ندارد و بانکدار متعهد است در هر وضعیتی اصل سپرده و بهره آن را در موعد مقرر به سپرده‌گذار بپردازد. در بخش اعطای وام هم، وقتی بانک وام می‌دهد، رابطه مالکیتی خود را از آن وام قطع کرده و به مالکیت متقاضی در می‌آورد و او متعهد می‌شود در سررسیدهای معین اصل وام و بهره آن را به بانک برگرداند. نظام بانکی ربوی سعی کرده صنعت بانکداری را از درگیر شدن با اقتصاد حقیقی دور کند. به طوری که در اکثر کشورها، بانک‌ها از سرمایه‌گذاری مستقیم در فعالیتهای اقتصادی، خرید سهام شرکت‌ها، حتی خرید اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام منع شده‌اند. این در حالی است که با حذف سیستم بهره و بانکداری مبتنی بر آن، ماهیت بانکداری متحول می‌شود و بانک دیگر تنها به عنوان یک موسسه گردش وجوه نیست، و سپرده‌گذاران، بانکها و بنگاه‌های اقتصادی دیگر به صورت عناصر مجزی از هم نیستند. سود و زیان بانکها و به دنبال آن سود و زیان سپرده‌گذاران، بستگی به عملکرد و موفقیت بنگاه‌ها دارد. پس در ساختار غیر ربوی علاوه بر آنکه بانکها و مردم به یکدیگر متعهد بوده و مسئولیت دارند، بانکها در چرخه اقتصادی نیز فعالیت دارند تا بتوانند پاسخگوی سپرده‌گذاران باشند.^۲

الگوهای مختلف بانکداری اسلامی کم‌کم در میان برخی کشورهای اسلامی جا باز کرده بود که در ایران انقلاب اسلامی به پیروزی رسید. پس از پیروزی انقلاب در ایران و موج اسلام‌خواهی مردم و رهبران کشور، اقداماتی فوری در جهت حذف ربا و تغییر الگوی بانکداری در ایران انجام پذیرفت. این تلاش‌ها موجب شد تا در کمتر از پنج سال پس از پیروزی انقلاب، قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز به جهت حذف کامل ربا و انطباق عملیات بانکی با موازین اسلامی تصویب و اجرایی شود. البته به زعم تمام تلاش‌های انجام شده در تدوین قانون مذکور و انطباق کامل آن با شرع مقدس اسلام مجریان این قانون در مقام عمل دچار مشکلات و نارسایی‌هایی شدند که برخی از آن‌ها به لطف اندیشه ورزی نخبگان حوزه و دانشگاه و اهتمام مسولان مربوطه حل شد که البته برخی از این مشکلات هنوز باقی است.^۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا در تاریخ ۶۲/۶/۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در تاریخ ۶۲/۶/۱۰ به تایید شورای محترم نگهبان رسید و از آغاز سال ۱۳۶۳ در بانکهای کشور به مورد اجرا گذاشته شد. بر این اساس عملیات بانکی در کشور مبری از ربا تلقی شده و جهت انجام ماموریت محوله مجموعه‌ای از اعمال و فعالیت‌های بانکی را عهده دار گردیده است. شاید بتوان گفت که ویژگی ممتاز نظام بانکی در شرایط جدید برخورداری از مقوله‌ای به نام «سود» و فقدان مقوله‌ای به نام «ربا» است و به همین جهت ضرورت دارد از جهت نظری به تبیین مفهوم سود و ربا پرداخته و تفاوت این دو از هم مشخص گردد.

^۱ موسویان، عباس، ۱۳۸۱، بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ص ۴۵

^۲ موسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۸، مجموعه سخنرانیها و مقالات بانکداری اسلامی، تهران: انتشارات خورشید، ص ۲۱۵-۲۱۸

^۳ میرجلیلی، حسن، ۱۳۷۴، ارزیابی بانکداری بدون ربا، تهران: دفتر تحقیقات و سیاست‌های پولی، بازرگانی، ۷۸

ربا یکی از منفورترین واژه‌ها و در ردیف زشت‌ترین اعمال برای کسانی است که به اسلام ایمان آورده‌اند.^۴ همچنین روایت شده است که رباخواری به منزله ارتکاب زنا با محارم در خانه خدا است؛ ربا عَظَمُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ سَبْعِينَ زَنْبَةً بِذَاتِ مَحْرَمٍ فِي بَيْتِ اللَّهِ الْحَرَامِ؛ یک درهم ربا نزد خداوند سنگین‌تر است از هفتاد بار زنا کردن با محارم در خانه خدا.^۵

از شدت نهی نهفته در خصوص ارتکاب ربا این معنی را استنباط می‌نماییم که شارع مقدس عملیات ربوی را بدون قید و شرط برای جامعه اسلامی ممنوع نموده است و حضور آن را از نشانه‌های اعمالی دانسته که اگر افراد مرتکب آن‌ها شوند در واقع اسلامیت خود را از دست داده‌اند.

تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا یا بانکداری اسلامی در دهه شصت جلوه بسیار متفاوتی به فرآیند اعطای تسهیلات بانکی داد. نظام بانکی مبتنی بر کسب بهره از پول به نظام بانکی غیرربوی و کسب سود از معاملات بانکی و «تسهیلات بانکی» جایگزین «وام» شد و بهره پول نیز به «سود عملیات بانکی» تغییر ماهیت داد و نهادهایی مانند مضاربه، مضارعه، مساقات، مشارکت، سلف و اجاره به شرط تملیک به تدریج جای خود را در ادبیات حرفه‌ای نظام بانکی باز کردند. در نظام بانکی ایران بانک به وکالت از طرف سپرده‌گذاران با متقاضیان دریافت تسهیلات وارد مذاکره شده و در قالب عقود معینی که در قانون مشخص گردیده است نسبت به اعطای تسهیلات از طریق عقد قرارداد اقدام می‌نماید.

در این بین مردم به ویژه متقاضیان تسهیلات بانکی همیشه دغدغه مطابقت کامل خدمات بانک‌ها با شرع را داشته و دارند. این نگرانی‌ها باعث شد تا در این تحقیق قراردادهای بانک در اعطای تسهیلات را بررسی و میزان مطابقت آن‌ها با فقه امامیه را مشخص نماییم. برای نیل به این هدف علاوه بر بررسی فقهی حقوقی این قراردادها نمونه قراردادهای یکی از بانکها، اخذ و مواد آن بر اساس نظرات فقهاء و حقوقدانان مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

نیاز مردم به سیستم بانکی در ابعاد مختلف خود، به ویژه احتیاج اقشار مختلف جامعه برای استفاده از تسهیلات اعطایی بانک، در شرایط کنونی کشور، از یک سو و نگرانی ایشان از مشروعیت مراوده با نظام بانکی از سوی دیگر موجب شد تا پژوهشی در خصوص بررسی مشروعیت قراردادهای اعطای تسهیلات انجام داده و طی آن میزان تطابق این قراردادها با فقه امامیه به عنوان مذهب رسمی کشور را روشن سازیم.

این پژوهش در پی آن است که میزان مطابقت قراردادهای اعطای تسهیلات با موازین شرعی را مشخص نموده و مشروعیت نمونه قراردادهای مورد عمل بانک را با سنجه فقه امامیه محک بزند. لذا این تحقیق به مسولان بانکی در خصوص اصلاح برخی از مواد نمونه قراردادهای کمک کرده و اطمینان اقشار مختلف جامعه به ویژه متقاضیان را نسبت به سلامت سیستم بانکی بدون ربا، جلب می‌نماید.

بانکداری ربوی

پس از رشد بانکداری در دوره جدید خود یعنی از قرن پانزدهم به بعد و جواز رباخواری بر اساس فتوای رهبر پروتستانها در آیین مسیحیت، بانک‌ها عمدتاً فعالیت‌های خود را بر اساس نظام بهره شکل دادند.^۶

به این نوع از بانکداری که در دو عملیات اصلی و مهم بانکی یعنی تجهیز و تخصیص منابع بر اساس نظام بهره عمل می‌کند، بانکداری کلاسیک، متعارف، سنتی یا ربوی اطلاق می‌شود.^۷

۴. آیه ۲۷۸ بقره

۵. حرعاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۴، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۲، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ص ۲۲۴

۶. بهمند، محمد و محمود بهمنی، ۱۳۸۱، همان، ص ۱۸

بانکداری اسلامی (بدون ربا)

بانکداری اسلامی یا بدون ربا نیز که از حدود ۱۹۴۰ میلادی سخن از شکل گیری آن شد، در حدود ۱۹۷۰ میلادی به بعد فعالیت های خود را بر اساس حذف بهره به عنوان اصلی ترین شاخص بانکداری متعارف آغاز نمود.

این نوع از بانکداری نخست در کشورهای چوچون مصر، عربستان سعودی و سودان شروع شد و سپس دامنه ی فعالیت آن به دیگر کشورهای اسلامی به ویژه کشورهای جنوب شرق آسیا کشیده شد.^۸

در ایران نیز پس از پیروزی انقلاب اسلامی مقرر گردید فعالیت های بانکی بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا صورت پذیرد.

ویژگی های بانکداری اسلامی (بدون ربا)

از مهمترین ویژگی های بانکداری اسلامی میتوان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- حذف ربا(بهره) از عملیات بانکی

۲- برقراری سود در عملیات بانکی

۳- تجهیز منابع(سپرده‌ها) بر اساس الگویی جدید

۴- تخصیص منابع(اعطای تسهیلات) در شکلی نو

۵ اعمال سیاست های پولی و اعتباری بدون مغایرت با موازین شرعی^۹

البته باید دانست که الگوهای تجهیز و تخصیص منابع در بانک های مختلفی که شیوه بانکداری آن‌ها اسلامی است با هم متفاوت است، اما ویژگی های مذکور تقریباً در همه این بانک ها موجود است.

مهمترین تفاوت های بانکداری ربوی و بانکداری اسلامی (بدون ربا)

تفاوت در مبانی هستی شناختی

اختلاف نگاه مسلمانان و غیرمسلمانان ها به مسائل بنیادی، چون خدا و معاد، باعث اختلاف نظر بین اقتصاد سرمایه داری و اقتصاد اسلامی می شود. در اقتصاد اسلامی خداوند نقش ربوی دارد و برای بندگان برنامه ی زندگی و حتی الگوهای اقتصادی تنظیم می کند در حالی که از نظر اقتصاد سرمایه داری خدا نهایتاً خالق صرف است و دخالتی در امور دنیایی انسان ندارد.^{۱۰}

اینکه انسان یک موجود مادی است و زندگی او محدود به همین دنیاست یا اینکه مقام وی برتر از این است که خود را اسیر و برده مادیات این جهان بداند نیز از دیگر اختلافات بنیادین بین این دو نظام است.^{۱۱}

^۷ موسویان، ۱۳۸۱، همان، ۶۹.

^۸ توتونچیان، ایرج، ۱۳۷۹، پول و بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه داری، تهران: توانگران، ص ۵۵.

^۹ همان، ص ۵۷-۵۸.

^{۱۰} میرجلیلی، حسین، ۱۳۸۱، جهانی شدن بانکداری و ضرورت های ناشی از آن در بانکداری ایران»، فصلنامه (علمی - پژوهشی) نامه مفید، سال هشتم،

شماره ۳۱، ص ۴۵.

این اختلاف در مبانی، تفاوت دیدگاه این دو نظام درباره ی انسان، کار، ثروت، مالکیت، عدالت و... را باعث می شود. پس به طور طبیعی ساختارهای طراحی شده از جانب این دو نظام مختلف، در اهداف و اصول با هم اختلاف عمیقی دارند.

تفاوت در عملکرد

تفاوت در انجام دو عملیات عمده ی بانکداری، یعنی تجهیز و تخصیص منابع مهمترین اختلاف در عملکرد دو نظام بانکداری پیش گفته است.

در این مجال به اهم اختلافات موجود بین این دو نظام در حوزه ی عملکرد خواهیم پرداخت:

۱- تفاوت در تجهیز منابع (روش های جذب سپرده)

در بانکداری متعارف رابطه ی حقوقی میان بانک و مشتری در معاملات، رابطه ی دائن (بستانکار) مدیون (بدهکار) است^{۱۲}، چراکه پایه ی این معاملات به خلاف آنچه برخی می پندارند فرض ربوی است.^{۱۳}

در این نوع از بانکداری، در زمان تجهیز منابع، بانک پس از اخذ سرمایه ی مشتری در قالب سپرده های جاری، پس انداز و مدت دار به عنوان بدهکار، مکلف به بازپرداخت اصل و بهره ی سپرده های پس انداز و مدت دار و حتی در مواردی سپرده های جاری به مشتری می شود.^{۱۴}

اما در نظام بانکداری اسلامی سپرده ها از مشتریان در قالب قرض الحسنه ی پس انداز و جاری و سرمایه گذاری های کوتاه مدت و بلند مدت دریافت می شود و به این نوع سپرده ها بهره ای تعلق نمی گیرد،^{۱۵} چرا که رابطه ی حقوقی بین مشتری و بانک در حساب های قرض الحسنه، رابطه ی دائن- مدیون است و بانک به عنوان بدهکار تنها مکلف به استرداد اصل سپرده های دریافتی است و سخنی از بهره و ربا در کار نیست. برای این نوع از حساب ها، بانک به جای پرداخت بهره، از ابزارهای مشوق دیگری، مانند شرکت دادن مشتریان در قرعه کشی جوایز، برای ترغیب ایشان به سپرده گذاری استفاده می کند که البته در جای خود قابل نقد و تامل جدی است.

۲- تفاوت در تخصیص منابع (پرداخت تسهیلات)

در بانکداری کلاسیک رابطه ی حقوقی بانک با مشتریان در زمان تخصیص منابع دقیقاً نقطه مقابل رابطه آن ها با یکدیگر، در زمان تجهیز منابع است. یعنی مشتری پس از دریافت وام یا اعتبار از بانک به عنوان بدهکار، مکلف به بازپرداخت اصل وامها و اعتبارات دریافتی و بهره ی آن ها به بانک می شود.^{۱۶}

در بانکداری ربوی سه روش عمده برای اعطای تسهیلات وجود دارد که عبارتند از:

^{۱۱} همان

^{۱۲} هدایتی، علی اصغر و دیگران، ۱۳۸۹، عملیات بانکی داخلی ۲ (تخصیص منابع)، تهران: موسسه عالی آموزش بانکداری ایران، ص ۶

^{۱۳} موسویان، عباس، ۱۳۹۰، طرح تحول نظام بانکی: اصلاح قانون و الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و

اندیشه اسلامی، ص ۲۸۳

^{۱۴} جمشیدی، سعید و علی اصغر علیزاده، ۱۳۹۲، همان، ص ۱۶

^{۱۵} هدایتی و دیگران، همان، ص ۶

^{۱۶} جمشیدی، همان، ص ۴۳

۱- دریافت اعتبار از حساب های جاری: در بانکداری متعارف صاحب حساب جاری یا در حساب خود موجودی نقدی دارد که از آن طی روال معمول استفاده می کند و یا در حساب جاری خود پولی ندارد ولی بانک به جهت شناختی که از وی دارد، طی قراردادی مشخص با وثائق مورد اعتماد در صورت نیاز مشتری مبالغی را از جانب او به دیگران پرداخت می کند، در حقیقت مشتری به جای استفاده از وجه نقد از اعتبار خود نزد بانک به صورت یک وام کوتاه مدت با بهره ی معین استفاده می کند، بانک نیز در آینده اصل پول و بهره ی ثابت آن را از این مشتری دریافت می کند.

۲- انواع وام: در بانکداری ربوی، بانک، مبالغی را به عنوان قرض برای مصارف مختلف و با وجود وثایق مطمئن به مشتری می دهد و در سررسید آن اصل پول و بهره ی آن را از مشتری دریافت می کند.^{۱۷}

۳- بروات نزولی: این شیوه ی اعطای تسهیلات عبارت است از خرید اسناد و اوراق بهادار مشتری توسط بانک به کمتر از مبلغ اسمی آن، اوراق و اسنادی که هیچ معامله ای پشت سر آن نیست و جنبه ی صوری دارد.

خصوصیات اساسی این روش های اعطای تسهیلات در بانکداری ربوی را می توان در چند بند خلاصه نمود:

۱- وجود قرض یا دین بین بانک و مشتری و در نتیجه پدیدار شدن رابطه ی دائن - مدیون بین بانک و مشتری

۲- شرط پرداخت مبلغ اضافی علاوه بر اصل بدهی از جانب بانک

۳- تحقق شرط پرداخت مبلغ اضافی توسط مدیون^{۱۸}

همانطور که مشاهده شد، در بانکداری ربوی بانک تنها واسطه ی بین وجوه است^{۱۹} و درآمد خود را از محل اختلاف بین بهره ی دریافتی از محل اعطای تسهیلات و بهره پرداختی به سپرده های مشتریان کسب می کند. اما در بانکداری اسلامی غیر از تسهیلات قرض الحسنه که هزینه ها و درآمد بانک از طریق نظام دستمزد و بر اساس کارمزد تامین می شود در باقیمانده تسهیلات، رابطه حقوقی خاص، بین بانک و مشتریان تعیین کننده مقدار و نحوه ی درآمد بانک است. در این نظام بانک ها گاهی وکیل سپرده گذارند و گاهی شریک سرمایه گذار. در ادامه به اختصار ابزارهای اعطای تسهیلات در نظام بانکداری اسلامی، طبق الگوی قانون عملیات بانکی بدون ربا در ایران اسلامی را شاهد هستید:

۱- گروه قرض الحسنه: در این نظام، مشتری پس از دریافت وام قرض الحسنه، به بانک بدهکار می شود، اما تنها مکلف به بازپرداخت اصل اصل تسهیلات دریافتی است. در نظام مذکور هزینه های بانک، در اعطای وام قرض الحسنه به مشتری از طریق کارمزد جبران می شود نه از بهره^{۲۰}

۲- گروه مشارکت: در بانکداری اسلامی رابطه ی حقوقی بانک و مشتری در هنگام اعطای تسهیلاتی که در قالب گروه مشارکت (مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، سرمایه گذاری مستقیم، مزارعه و مساقات) به مشتری داده می شود، رابطه ی شراکت است و آثار حقوقی این رابطه بر دو طرف حاکم است.

۳- گروه مبادلات: در نظام بانکی بدون بهره رابطه ی حقوقی بانک و مشتری در هنگام اعطای تسهیلاتی که در قالب گروه مبادلات (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، معاملات سلف و خرید دین) به مشتری داده می شود، رابطه ی خریدار و فروشنده است و آثار حقوقی این رابطه بر دو طرف معامله حاکم است.

^{۱۷}. هدایتی و دیگران، همان، ص ۶

^{۱۸}. توتونچیان، ۱۳۷۹، همان، ص ۳۹۶

^{۱۹}. جمشیدی، همان، ص ۴۷

^{۲۰}. ابراهیمی، محمد حسین، ۱۳۷۱، قرض الحسنه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ص ۲۳

۴- گروه تعهدات(جعاله): در اعطای این نوع از تسهیلات رابطه حقوقی بین بانک و مشتری در قالب رابطه جاعل - عامل تعریف شده است.^{۲۱}

در پایان باید گفت گرچه بانکداری اسلامی در کشورهای گوناگونی توسعه یافته است اما بین روش های هرکدام از آنها تفاوت هایی وجود دارد.

بررسی فقهی حقوقی قرارداد قرض الحسنه

پرداخت وام بدوم بهره یکی از ابزارهایی است که بانکداری اسلامی، در راه تحقق اهداف اصلی خود یعنی استقرار نظام پولی بر پایه حق و عدل، جهت رشد اقتصادی کشور از آن استفاده می نماید. در این روش که به صورت پرداخت تسهیلات قرض الحسنه انجام می شود بانک وام هایی را با جهت خاصی که در قانون آمده، در اختیار متقاضیان می گذارد. اما بنا بر شرع مقدس اسلام و مواد قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک نمی بایست در زمان اعطای این تسهیلات در پی دریافت مبالغ اضافی افزون بر اصل قرض باشد.

بر طبق قانون، هزینه های بانک در این گروه از تسهیلات، باید بر اساس کارمزد و به عنوان کارهای انجام گرفته از مشتری دریافت شود؛ در غیر اینصورت در حکم ربا و حرام است.

در ماده ۱۵ این آیین نامه آمده، کلمه حسنه به دنبال قرض افزوده شده و سپس قرض الحسنه این چنین تعریف شده است:

«قرض الحسنه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که قرض گیرنده کثل یا در صورت عدم امکان قیمت آن را به قرض دهنده رد نماید».

گرچه جامع ترین این تعاریف، تعریف عقد قرض در قانون مدنی است؛ به دلیل این که مشخصات مثل را معین می کند اما به تعریف موجود در فقه امامیه و همچنین تعریف مذکور در آیین نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا نیز اشکال عمده ای وارد نیست.

در فقه امامیه در جای خود سخن از نحوه ی بازپرداخت قرض آمده و مشخص شده است که در چه مواردی بازپرداخت قرض مالی و در کجا قیمی است. در آیین نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا نیز چون تبادر ذهنی مخاطب این قانون عرفا به پرداخت وجه نقد متصرف است اشاره ای به خصوصیات مثل نشده است.^{۲۲}

ماهیت قرض

به اجمال می توان گفت: عقد قرض از نظر فقهی و حقوقی سه ویژگی مهم دارد. قرض عقدی تملیکی، معوض و لازم است.^{۲۳} در اینجا هرکدام از این موارد سه گانه را مختصراً توضیح می دهیم.

- قرض عقدی تملیکی است به این معنی که در عقد قرض، مورد قرض به ملکیت مقترض در می آید. نتیجه ی این عقد از نظر فقهی تملیک مال است نه اباحه تصرف، لذا بعد از قبض و اقباض، تملیک حاصل می شود، اعم از اینکه مقترض تصرف کرده باشد یا خیر. و این تحویل دادن و گرفتن شرط صحت عقد است. البته طبق آنچه از مواد فصل یازدهم از باب عقود معینه

^{۲۱} . هدایتی و همکاران، همان، ص ۳۳۲

^{۲۲} . خاوری، محمودرضا، ۱۳۷۱، حقوق بانکی، تهران: موسسه بانکداری ایران، ص ۱۲۱

^{۲۳} . موسویان، عباس، ۱۳۸۶، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی، تهران: پژوهشگاه پولی و بانکی، بانک مرکز جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۲۱

مختلف از قانون مدنی استنباط می شود، تملیک مورد قرض به وسیله عقد حاصل می گردد و قبض هیچ گونه اثری در تملیک ندارد.

- قرض عقدی معوض است^{۲۴} و مانند هر عقد معوض دیگر دارای دو مورد است که هر یک در مقابل دیگری قرار می گیرد. یعنی مقترض باید مثل یا قیمت آنچه را که قرض گرفته است به عنوان عوض به مقرض بازپس دهد. در این مورد اختلافی بین فقه امامیه و قانون وجود ندارد.^{۲۵}

- قرض عقدی لازم است به این معنی که هر یک از طرفین به تنهایی، حق فسخ این عقد را ندارند مگر در موارد خاص و معینی که شرع و قانون برای آنها تعیین کرده است.^{۲۶} البته برخی از فقهاء قرض را از عقود جائزه می دانند،^{۲۷} برخی نیز این عقد را از طرف مقترض لازم و از طرف مقترض جایز می شمارند. شاید منظور فقیهانی که این عقد را جایز می دانند، حال بودن تعهد در قرض است یعنی زمانی برای ایفای این تعهد نیست بلکه مقرض هر زمانی می تواند به قرض خود رجوع کند و مقترض نیز هر زمانی که بخواهد می تواند آن را بپردازد. شاید هم نظر ایشان همان نظر تفصیلی است که این عقد را از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز است یعنی مقترض هر زمان که بخواهد می تواند عین یا مثل مقروضه را به قرض دهنده برگرداند اما اگر مقرض عین قرض داده شده را طلب کند بر مقترض واجب نیست که عین را برگرداند.^{۲۸}

شرایط قرض

در این قسمت به شرایط متعاقدين، ایجاب و قبول و موضوع و نیز عوض آن می پردازیم.

متعاقدين

اولین رکن در عقد قرض، قرض دهنده و قرض گیرنده هستند. قرض دهنده را در اصطلاح مقروض و قرض گیرنده را مقترض، مدیون یا مدین می گویند. و به هر دو (غریب) نیز اطلاق شده است. مقروض و مقترض باید دارای شرایط اساسی طرفین عقود باشند، که عبارت است از: بلوغ، عقل، رشد، قصد و نیز محجور نبودن متعاقدين که البته بعضی قائل هستند که عدم حجر فقط در مورد مقروض ملاک می باشد.

ایجاب و قبول

با توجه به اینکه قرض عقدی است که روی مال صورت می گیرد و تصرف در آن، نیازمند جواز است بنابراین جز با ایجاب و قبول منعقد نمی شود با توجه به عقد بودن آن، همانند سایر عقود نیاز به ایجاب و قبول دارد تا طرفین رضایت خود را بر آن اعلام دارند. صاحب جواهر می نویسد: «در کتاب دروس و الاقرب گفته شده که قبول در عقد قرض با قبض کفایت می کند و نیاز به قبول لفظی ندارد، اما باید گفت احتیاط آن است که قبول، قولی باشد علی الخصوص اینکه قرض را از عقود لازمه

^{۲۴}. عقود و قراردادهای با توجه به موضوع و هدف اقتصادی آنها به دو موسسه معوض و مجانی تقسیم کرده اند. بر اساس این تقسیم عقود معوضه عقود اند که در آنها دو تعهد یا تملیک متقابل باشد؛ یعنی هر یک از دو طرف در برابر مالی که می دهد یا دینی که بر عهده می گیرد مال یا تعهد دیگری به دست می آورد، مانند عقد بیع و اجاره و قرض و در مقابل عقود مجانی تنها در بردارنده یک تعهد یا تملیک است؛ مانند هبه و عاریه،

ص ۱۱۳.

^{۲۵}. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، همان، ج ۴، ص ۳۷۰.

^{۲۶}. امامی، حسن، حقوق مدنی، همان، ج ۲، ص ۱۹۸.

^{۲۷}. محقق ثانی، همان، ص ۲۷.

^{۲۸}. طاهری، همان، ص ۳۶۹.

بدانیم». بعضی از فقها ایجاب و قبول عقد قرض را با الفاظ سلف نیز صحیح دانسته‌اند. ابن قدامه می‌نویسد: «الفاظ ایجاب و قبول عقد قرض با الفاظ سلف و قرض صحیح است (به اینکه بگوید: اسلفتک یا اقرضتک...)»

اینکه معاطات در قرض صحیح است یا نه، محل اختلاف است. بعضی از فقها آثار قرض از جمله ملکیت را فقط در عقد با ایجاب و قبول قولی جاری می‌دانند. محقق کرکی می‌نویسد: «در قرض حتماً باید لفظ ایجاب و قبول باشد و صرف دادن مال القرض و قبض آن توسط مقترض، افادۀ ملکیت نمی‌کند بلکه این صورت، مثل معاطات در بیع است که ثمره‌اش اباحه تصرف است و اگر تلف شود عوض آن بر مقترض واجب می‌شود. اما بعد از قبض و قبل از تلف اگر نمایی داشته باشد مال مقرض است زیرا قرض معاطات، صرفاً اذن در تصرف می‌باشد. و لذا در ملکیت مقرض باقی می‌ماند.» اما صاحب جواهر می‌نویسد: «ظاهر این است که معاطات در قرض صحیح می‌باشد بنابر اینکه در سایر عقود هم صحیح است. بلکه معاطات در قرض نسبت به بیع اولویت دارد و سیره در این مورد تمام است.» در توضیح المسائل مراجع معاصر نیز بدون هیچ اختلافی آمده است: «در قرض لازم نیست صیغه بخوانند بلکه اگر چیزی را به نیت قرض به کسی بدهند و او هم به همین قصد بگیرد صحیح است ولی باید مقدار آن کاملاً معلوم باشد.»

موضوع قرض

آنچه مقرض به مقترض قرض می‌دهد باید شرایطی داشته باشد که مهمترین آن‌ها عبارت است از:

الف) از نظر فقهی عین مورد قرض باید مملوک باشد. لذا نمی‌توان دین و منفعت را قرض داد. لکن طبق آنچه از ماده ۶۴۸ قانون مدنی استنباط می‌شود، مورد قرض طلب(دین)، منفعت و حتی عمل هم می‌تواند باشد چرا که این موارد مانند عین از افراد مال محسوب می‌شوند.^{۲۹}

ب) از نظر شرعی و عرفی مالیت داشته باشد، لذا خوک و سگ و لگرد، مسکرات و مثل پر مگس را نمی‌توان قرض داد.^{۳۰}

ج) مورد قرض از نظر فقه و قانون باید معلوم باشد، لذا قرض دادن مبهم باطل است. همچنین باید از وزن، کیل و شمارش آن در موارد وزنی، پیمانانه ای و قابل شمارش مشخص باشد.

د) طبق آنچه از ماده ۶۴۸ قانون مدنی فهمیده می‌شود، مورد قرض می‌بایست مثلی و دارای ارزش مبادله باشد.

ه) لازم است مورد قرض از چیزهایی باشد که وصف و مقدارش قابل ضبط باشد.

و) از نظر اکثر فقهای معاصر کلی بودن مورد قرض جایز است،^{۳۱} لکن اوصاف آن باید مشخص باشد.

ز) از نظر قانونی کاهش یا افزایش ارزش مورد قرض در طول مدت عقد قرض تاثیری در آنچه که مقترض باید رد کند ندارد.

ح) اگر دولت اعتبار مورد قرض را ساقط کند و ارزش آن از بین برود: اگر مورد قرض درهم و دینار باشد، مقترض مثل همان درهم و دینار را مدیون است نه چیز دیگر مگر اینکه هردو به غیر آن رضایت دهند. اگر مورد قرض، سایر پول‌های رایج - غیر از درهم و دینار - است که هیچ گونه ارزش ذاتی ندارند و ارزش آن‌ها صرفاً اعتباری است وظیفه مقترض رد قرض به اسکناس‌های جدید می‌باشد و نه قدیم.

^{۲۹}. امامی، حسن، حقوق مدنی، همان، ج ۲، ص ۱۹۶

^{۳۰}. خمینی، همان، ج ۱، ص ۶۵۲

^{۳۱}. و هو کل ما یضبط وصفه و قدره یجوز اقراض، طوسی، شیخ ابو جعفر محمد بن حسن، ۱۳۷۸، المبسوط فی الفقه جلد دوم. قم: موسسه النشر الاسلامیه، ص ۱۶۱

عوض

همانطور که در بیان ماهیت عقد قرض گذشت، قرض عقدی معوض است و به صورت مجانی صورت نمی گیرد، بلکه مقترض با قرارداد قرض متعهد می شود که مثل یا قیمت آن چه قرض گرفته شده را به مقرض بازگرداند.

بررسی کارمزد در قرض الحسنه

جواز

آیات عظام، امام خمینی، فاضل لنکرانی و مکارم شیرازی با وجود سه شرط جواز میدانند:

الف. حقیقتاً کارمزد باشد و بهانه برای دریافت ربا محسوب نگردد.

ب. به مقدار متعارف باشد نه بیشتر.

ج. با توافق و رضایت طرفین صورت گیرد.

همچنین آیت الله مکارم دریافت کارمزد را برای صندوق های قرض الحسنه ای که کارمند ندارند، و خود صاحبان وجوه، تمامی کارهای مربوط به وام دهی را انجام می دهند، دارای اشکال می داند.

قائلین به جواز دریافت کارمزد، برای اثبات نظر خودشان دو دلیل آورده اند:

۱. اطلاقات ادله حرمت ربا شامل آن نمی گردد.

۲. در عملیات قرض دادن و کارمزد گرفتن، دو معامله مستقل صورت می گیرد و کارمزد وام در عقد قرض شرط نشده است تا اینکه موجب ربوی بودن آن شود.

حرمت

گروهی از فقها همچون آیات عظام موسوی گلپایگانی، بهجت، میرزا جواد تبریزی، صافی گلپایگانی و سیستانی دریافت کارمزد مشروط در قرض را از مصادیق ربای حرام می دانند.

این گروه نیز برای نظریه خود دلایل زیر را ارائه می دهند:

۱. چنانچه وجوهی که قرض داده می شود، ملک صندوق یا مشترک بین صندوق و اشخاص باشد، شرط پرداخت کارمزد، به نفع صندوق بوده و داخل در عنوان «جرّ منفعت» می باشد و چنین چیزی موجب ربوی شدن قرض می گردد.

۲. کارمندی که در صندوق کار می کنند، اجیر سهام داران صندوق هستند. پرداخت حق الزحمه آن ها برعهده صندوق می باشد. بنابراین، دیگر نمی توانند اجیر برای قرض گیرندگان شده و در ازای آن اجرت بگیرند. پس آنچه که به عنوان کارمزد گرفته می شود، در واقع زیاده ای است که به ملک صاحبان سهام وارد می شود که آن را صرف در مخارج صندوق، از قبیل پرداخت حقوق کارمندان و مانند آن نموده، بقیه را برای خود برمی دارند. این شرط زیادی در قرض است که موجب ربوی بودن آن می شود.

بررسی تطبیق کارمزد قرض الحسنه در نظام بانکی کشور با آرای فقها

دلیل عدم انطباق دریافت کارمزد مشروط در عقد قرض با نظر فقهایی که دریافت کارمزد در عقد قرض را حرام می‌دانند، روشن است.

اما بیان عدم انطباق آن با آرای گروه اول، نیاز به توضیح دارد که در اینجا به بیان قراین آن می‌پردازیم.

۱- سازگاری تابعیت کارمزد از مبلغ اسمی وام با قیمت پول

فرمول محاسبه کارمزد تسهیلات قرض الحسنه، هیچ تفاوتی با فرمول محاسبه سود ربوی در نظام بانکی متعارف دنیا ندارد. تنها تفاوت در این میان، تغییر نام نرخ بهره در بانکداری ربوی، به نرخ کارمزد در بانکداری بدون رباست. این تغییر نام مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا عرف مردم در بازار کار چنین محاسبه‌ای برای تعیین کارمزد خودشان انجام نمی‌دهند.

۲- تعیین حداقل کارمزد

تعیین میزان حداقل کارمزد در قانون عملیات بانکی (۲،۵ درصد)، از توجیه منطقی برخوردار نیست؛ زیرا اگر بنا باشد که کارمزد حقیقی دریافت شود، ممکن است مبلغ کارمزد، رقم ناچیزی بوده و پایین‌تر از آن مبلغی باشد که به عنوان حداقل کارمزد در نظر گرفته شده است.

گفتنی است مشروط شدن عدم تجاوز کارمزد از هزینه‌های تجهیز و تخصیص منابع قرض الحسنه، مشکلی را در این خصوص حل نمی‌کند. این مطلب با تعیین حداقل کارمزد همخوانی ندارد. بنابراین، حداقل کارمزد اساساً در این زمینه مطرح نیست.^{۳۲}

۳- عدم تغییر نرخ کارمزد در شرایط مختلف

یکسان بودن نرخ کارمزد در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها، نشانه دیگری بر صوری بودن کارمزد است و عدم تغییر نرخ کارمزد قرض الحسنه در نظام بانکی کشور، از قطع رابطه مبالغ اضافی دریافتی با کارمزد حقیقی حکایت می‌کند.

۴- پرداخت هزینه‌های تبلیغات جوایز از محل کارمزدها

دریافت کارمزدی که هزینه‌های جوایز برای دیگران، علاوه بر مخارج واقعی صندوق در آن لحاظ گردیده است، اشکال شرعی دارد و عرف چنین کاری را ظلم در حق وام‌گیرنده تلقی می‌کنند. اما آنچه در واقع اتفاق می‌افتد، این است که بانک‌ها و مؤسسات به منظور تشویق مردم به سپرده‌گذاری بیشتر، به آنان جایزه می‌دهند و هزینه‌های سنگین تبلیغات آن را از محل کارمزدهای وام‌ها تأمین می‌کنند.^{۳۳}

نقد و بررسی راهکارهای ارائه شده

۱. راهکار وکالت بانک از طرف سپرده‌گذاران

تغییر رابطه حقوقی بین سپرده‌گذاران و بانک‌ها از «قرض» به «وکالت برای اعطای قرض» است. در این شیوه سپرده‌گذاران، وجوه خود را در ملکیت خودشان نگه داشته، به بانک وکالت می‌دهند که آن‌ها را به صورت قرض الحسنه در اختیار متقاضیان

^{۳۲} موسویان، عباس، ۱۳۸۵، الگوی جدید بانکداری بدون ربا، فصلنامه‌ی تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۲۳، ص ۴۵

^{۳۳} همان.

قرار دهد. در این صورت، بانکها و صندوقهای قرضالحسنه می‌توانند از بابت حق واسطه‌گری، تمامی هزینه‌های مربوط به فعالیت‌های وام‌دهی را از قرض‌گیرندگان دریافت کنند.

بنابراین، تغییر رابطه حقوقی بین بانک و سپرده‌گذار از قرض به وکالت برای قرض، مشکل کارمزد را حل نمی‌کند؛ زیرا همان مشکلاتی که در صورت مالکیت بانک بر سپرده‌ها وجود داشت، در اینجا نیز وجود دارد؛ زیرا فقهای گروه دوم در رابطه حقوقی وکالت نیز دریافت کارمزد را شرط زیاده و از مصادیق ربا می‌دانند و فقهای گروه اول، در صورتی که شرایط سه‌گانه تحقق یابد، با آن موافق هستند. تحقق شرایط مزبور با شیوه محاسبه فعلی دارای ابهام‌های جدی است.

۲. صورت دیگر اینکه دو قرارداد در اینجا وجود دارد:

یکی قرارداد قرض است که هیچ شرط زیاده‌ای در آن نشده. قرارداد دیگر، عقد اجاره است که بانک، اجیر قرض‌گیرنده محسوب می‌شود. از نظر تقدم و تأخر این دو قرارداد از یکدیگر، دو شکل قابل فرض است: یکی اینکه قرض، مقدم شده و اجاره در آن شرط شده باشد. دیگری اینکه اجاره، مقدم گشته و قرض در آن شرط شود. فقها قرض به شرط اجاره را از مصادیق ربا می‌دانند؛ زیرا اجرت، منفعت و زیاده‌ای است که پرداخت آن بر گیرنده قرض شرط گردیده است ولی شکل دوم (اجاره به شرط قرض)، با بیانی که خواهد آمد، در یک صورت، صحیح بوده و در شکل دیگر دارای اشکال شرعی است.

شکل صحیح عقد اجاره به شرط قرض، هم در صورت وکالت بانک از سوی سپرده‌گذاران و هم در صورت مالکیت خود بانک بر منابع بانکی، اشکال شرعی ندارد. چنانچه کسی به بطلان یا حرمت چنین قراردادی معتقد باشد، باید در هر دو شکل آن چنین حکمی را بدهد و دلیلی برای تفکیک حکم وکالت بانک و عدم آن وجود ندارد. پس وکالت بانک از سوی سپرده‌گذاران، مشکل شرعی کارمزد را برطرف نمی‌کند، هرچند دارای مزایای دیگری مانند اختصاص تمامی منابع قرض‌الحسنه به تسهیلات قرض‌الحسنه است.

راهکارهای پیشنهادی برای تأمین هزینه‌های تسهیلات قرض‌الحسنه‌ای

۱- تأمین مخارج تسهیلات قرض‌الحسنه از بیت‌المال

انجام چنین کاری هزینه‌چندانی بر دولت تحمیل نمی‌کند؛ زیرا تعداد مراکزی که صرفاً به فعالیت قرض‌الحسنه می‌پردازند، محدود است. دولت به راحتی می‌تواند هزینه‌های جاری و حقوق کارمندان آن‌ها را تأمین کند. علاوه بر اینکه، بیشتر متقاضیان تسهیلات قرض‌الحسنه را اقشار ضعیف و کم‌درآمد جامعه تشکیل می‌دهند و هزینه کردن دولت درباره این گروه از افراد جامعه، با عدالت اجتماعی نیز سازگاری بیشتری دارد.

هیچ‌گونه شبهه‌ای در این راهکار وجود ندارد و مورد قبول همه مراجع تقلید می‌باشد. این روش با عدالت اجتماعی همسویی دارد و موجب ترویج هرچه بیشتر فرهنگ قرض‌الحسنه می‌گردد.

۲- اختصاص بخشی از منابع قرض‌الحسنه به سرمایه‌گذاری

اگر دولت نتواند هزینه‌های تجهیز و تخصیص را بپردازد و لازم باشد هزینه‌های مزبور از درون خود سیستم بانکی، نه بیرون از آن تأمین شود، یکی از راه‌های تأمین مخارج مزبور، این است که بخشی از منابع قرض‌الحسنه، به موارد سرمایه‌گذاری اختصاص یابد و از سود حاصله، هزینه‌های فعالیت‌های قرض‌الحسنه تأمین شود. این امر در بانکها و مؤسساتی که علاوه بر قرض‌الحسنه به فعالیت‌های سودآور بانکی می‌پردازند، به راحتی امکان‌پذیر است؛ زیرا این مراکز، یک بنگاه اقتصادی بوده و اساس کار آن‌ها بر سرمایه‌گذاری و سودآوری است.

مراکز دیگری نیز مانند صندوق‌های قرض‌الحسنه، که به ارائه تسهیلات سودآور نمی‌پردازند، می‌توانند بخشی از منابع خویش را به سرمایه‌گذاری مستقیم یا غیرمستقیم اختصاص دهند. سرمایه‌گذاری غیرمستقیم می‌تواند شامل افتتاح حساب‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار در نزد بانک‌ها باشد.

گفتنی است در این راهکار، چنانچه سود حاصل از سرمایه‌گذاری‌ها بیشتر از هزینه‌های مربوط به قرض‌الحسنه باشد، مشکل شرعی پیدا نمی‌شود؛ زیرا که سپرده‌گذاران، وجوه خویش را در قالب عقد قرض در اختیار بانک و صندوق قرض‌الحسنه قرار می‌دهند.

۳- محاسبه کارمزد واقعی

بدین معنی که تمامی هزینه‌های مربوط به فرآیند وام‌دهی در هر وام، به صورت مبلغ ثابت، مشخص گردیده و از وام‌گیرنده دریافت شود.

هزینه‌های مزبور می‌تواند در دو بخش جداگانه مطرح شود: بخش اول، مربوط به مراحل ابتدایی وام‌دهی است که از زمان مراجعه متقاضی به بانک شروع شده و تا پایان دریافت قرض‌الحسنه ادامه می‌یابد و عمده هزینه‌ها در این مرحله واقع می‌شود. بخش دوم، هزینه‌های مربوط به پرداخت اقساط وام است که در مقایسه با بخش اول، چندان هزینه‌بردار نیست.

در ارتباط با شیوه مزبور دو نکته لازم به یادآوری است:

۱. مراد از محاسبه واقعی هزینه‌های صورت گرفته محاسبه عرفی است که معیار تمامی محاسبات معاملات در فقه اسلامی است.

۲. این شیوه با نظر فقهای گروه اول، منطبق است؛ زیرا آنچه مورد محاسبه قرار می‌گیرد، حقیقتاً خود کارمزد است که هیچ ارتباطی با مبلغ اسمی وام ندارد و به مقدار متعارف و با رضایت طرفین واقع شده است، ولی با نظر گروه دوم از فقها، که دریافت کارمزد را حرام می‌دانند، انطباق ندارد؛ زیرا آنان دریافت هرگونه زیاده در قرض را به هر عنوان که باشد، از مصادیق ربا می‌دانند. بر این اساس، این شیوه به جهت اینکه با نظر یک گروه از مراجع تقلید منطبق است، نسبت به شیوه مرسوم، که با نظر هیچ گروهی از فقها منطبق نیست، برتری دارد.

بررسی فقهی حقوقی جعاله بانکی

از رایج‌ترین و کاربردی‌ترین شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانک‌ها و موسسات اعتباری و درعین‌حال یکی از قراردادهای مهم و مورد استفاده در بانک‌های جمهوری اسلامی، پرداخت در قالب عقد جعاله می‌باشد که این روزها با استقبال فراوانی روبروست. از بررسی مقررات مربوط به جعاله در قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های آن چنین بر می‌آید که جعاله می‌تواند کاربرد وسیع و فراوانی در زمینه ارائه تسهیلات و خدمات بانکی داشته باشد. مواد ۵۶۱ تا ۵۷۰ قانون مدنی، تبصره ماده ۳ ق عملیات بانکی بدون ربا، مواد ۶۶ تا ۷۰ آیین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی مصوب ۶۲/۱۰/۱۴ و دستورالعمل اجرایی جعاله مصوب ۶۳/۱۱/۱۹ شورای پول و اعتبار به این عقد پرداخته‌اند.

باتصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ۱۳۶۲ بانک‌ها موظف شدند که تسهیلات اعطایی خود را در قالب عقود اسلامی و جعاله در اختیار مردم قرار دهند.

طبق ماده ۶۷ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک ها موظف شدند از جعاله استفاده کنند به این صورت که جهت ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی با تنظیم قرارداد به عنوان عامل یا عندالاقضاء (در صورت لزوم) به عنوان جاعل مبادرت به جعاله نمایند.

تسهیلات جعاله به منظور گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی در بخش های مختلف اقتصادی (صنعت و معدن، کشاورزی، خدمات، ساختمان و مسکن) به مشتریان بانکها اعطاء میگردد. تسهیلات جعاله در رابطه با انجام اموری است که تحقق آن نیاز به تأمین منابع مالی توسط بانک داشته بدین ترتیب در تسهیلات جعاله، بانک به عنوان عامل ضمن انعقاد قرارداد با متقاضی انجام کار مشخصی را قبول می نماید که سپس طی قرارداد دومی به متقاضی واگذار می نماید.

قانون مدنی در تعریف جعاله از فقه امامیه اقتباس نموده و در ماده ۵۶۱ مقرر داشته: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین» و در ماده ۵۶۲ آمده است: «در جعاله ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جعل می گویند».

همچنین ماده ۶۶ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۱ دستورالعمل جعاله آن را چنین تعریف نموده است: «جعاله عبارت است از التزام شخص جاعل یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین طبق قرارداد، طرفی که عمل را انجام می دهد عامل یا پیمانکار نامیده می شود».

جعاله اساساً ایقاعی دارد ولی طرفین می توانند آن را در قالب عقد واقع سازند که در آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به این مطلب اشاره شده است.

به این صورت که مشتری به عنوان جاعل به بانک مراجعه و درخواست انعقاد جعاله جهت تعمیر خانه اش را می کند و با بانک قرارداد جعاله منعقد می نماید. (طبق نمونه جعاله بانکی در بانک مورد نظر)

پس ایجاب از طرف جاعل است که در قبال آن تعهد به پرداخت جعل در برابر عمل بانک می نماید و بانک یا خود با قبول، عهده دار عمل می شود و یا آن چه غالباً اتفاق می افتد در قالب جعاله ثانوی به شخص دیگری واگذار می شود.

نظریات فقها و حقوقدانان نسبت به جعاله و ماهیت آن

دلایل و مدارک مشروعیت جعاله

چون جعاله مورد استفاده در نظام بانکی همان جعاله شناخته شده در فقه اسلامی و قانون مدنی است، ضمن بیان دلایل و مدارک جعاله در فقه و حقوق موضوعه ایران به دیدگاههای مختلف در رابطه با ماهیت جعاله می پردازیم.

مهمترین دلایل و مدارک جعاله در فقه عبارتند از:

الف - قرآن

فقها به آیاتی از قرآن مجید خصوصاً به چهار آیه زیر استناد نموده اند و حکم مشروعیت جعاله را استنباط کرده اند:

۱ - آیه ۷۲ سوره مبارکه یوسف: «قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» یعنی: پیمانہ زرین پادشاه را گم کرده ایم هر کس آن را پیدا کند و بیاورد بار یک شتر مال اوست و من نسبت به آن ضامنم. که این آیه عمده ترین دلیل برای صحت و مشروعیت جعاله است.

۲ - آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم...» در این آیه تصرف در اموال دیگران منع گردیده مگر مالی که از طریق تجارت و با رضایت طرفین باشد که جعله هم یکی از مصادیق تجارت با رضایت است و در نتیجه مشروعیت دارد.

۳ - آیه ۱ سوره مبارکه مائده: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» که جعله هم مشمول این آیه است زیرا اگر جعله را عقد بدانیم به طور قطع مشمول آن خواهد بود، اما اگر ایقاع به حساب آید با تفسیری که از کلمه عقود به عمل آمده و آن را به معنای عقود دانسته‌اند که شامل عقود و ایقاعات از جمله جعله ایقاعی خواهد شد.

۴ - آیه ۳۴ سوره مبارکه اسراء: «اوفوا بالعهد ان العهد کان مستولاً»؛ به عهد خود وفا کنید که از عهد و پیمان سؤال خواهد شد. که از آن معلوم می‌شود که وفای به عهد و انجام تعهد و التزام واجب است.

ب - روایات متعددی که مورد قبول فقهای شیعه و سنی است وجود دارد که بر صحت و اعتبار جعله دلالت دارد که چون بنابر اختصار است از بیان آن‌ها خودداری می‌شود.^{۳۴}

ج - اجماع

اجماع محصل و اجماع منقول بر اعتبار جعله وجود دارد و هیچ نظر مخالفی در این خصوص در میان مسلمین نیست. البته با وجود دلایل از قرآن و سنت، اجماع را نمی‌توان به عنوان یک دلیل مستقل دانست و به اصطلاح اصولیین چنین اجماعی اجماع مدرکی است و مستند آن همین مدارک موجود است لذا نمی‌تواند کاشف از قول معصوم (ع) باشد.

د - دلیل عقلی

به دلیل نیاز مردم و به حکم عقل جعله صحیح و معتبر است، همان‌طور که گفته شد دلایل متعددی در قرآن و سنت وجود دارد که به فرض نبود آن‌ها و یا تردید کسی در دلالت آن‌ها، به کمک دلیل عقل «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» می‌توان مشروعیت جعله را ثابت کرد زیرا در روایات معتبر از عقل به عنوان حجت الهی و پیامبر درونی یاد شده است.

ه - بنای عقلاء

بنای عقلا و به عبارت دیگر سیره عقلا و شیوه رفتار خردمندان بر این قرار گرفته که هرکس انجام کاری را از دیگری درخواست کند، این درخواست سببی از اسباب ضمان است و چون هیچ ردع و منعی در آن وجود ندارد، می‌توان گفت این سیره مورد امضای شارع اسلام است. بنابراین اگر کسی از دیگری بخواهد که مثلاً خانه‌اش را تعمیر کند، نسبت به مبلغی که خود تعیین کرده و در صورت عدم تعیین اجرت نسبت به اجرت المثل آن مسئول است.

بند دوم: ماهیت جعله

آثار و نتایج هر عمل حقوقی بستگی به ماهیت آن دارد. اگر عمل حقوقی جعله را عقد بدانیم یا ایقاع، آثار و فوائد و کاربرد آن متفاوت خواهد بود. مثلاً چنانچه ایقاع باشد با فسخ آن توسط عامل، ایجاب جاعل از بین نمی‌رود ولی اگر آن را عقد بدانیم با فسخ توسط عامل منفسخ می‌شود، اینک به شرح زیر به بیان نظریه‌های مختلف می‌پردازیم:

۱- برخی از فقها و حقوقدانان^{۳۵} جعله را ایقاع می‌دانند و مهمترین دلایل آن‌ها این است که:

^{۳۴} . مظاهری، همان، ص ۴۳

^{۳۵} . نجفی، ۱۳۶۵، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۸۹، بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰، حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ص ۲۴۹

اولا: تعیین عامل و قبول او شرط نیست و لذا با نداشتن مخاطب بخصوصی نیز واقع می شود.

ثانیا: اگر صغیر ممیز و سفیه بدون اذن نماینده قانونی خود، عمل مورد جعاله را انجام دهد، مستحق اجرت است حتی برخی این حکم را نسبت به صغیر غیرممیز و مجنون سرایت داده اند در حالی که این اشخاص نمی توانند به علت مسلوب الاراده بودن طرف عقد قرار گیرند.

ثالثا: اگر کسی بدون اینکه اعلام جاعل را بشنود با قصد دریافت عوض، عمل مطلوب را انجام دهد، مستحق جعل خواهد بود، حال آنکه اگر جعاله عقد باشد چنین امری امکان ندارد.

رابعا: در جعاله عام، قبول جعاله نه تنها موجب تعیین قابل به عنوان عامل نیست و قابل می تواند از آن صرفنظر کند بلکه دیگری هم که طرف قبول نبوده می تواند کار را انجام دهد و جعل را بگیرد.

خامسا: اگر شخصی در هنگام اعلام جاعل، قصد عمل را داشته باشد و سپس منصرف شود این انصراف مانع نخواهد بود که دوباره عمل را انجام و مستحق اجرت شود و این دلیل بر آن است که جعاله ایقاع است وگرنه انصراف عامل را از باب فسخ بدانیم محتاج به ایجاب جدیدی است.

۲- بعضی دیگر از فقها و حقوقدانان نظر بر عقد بودن جعاله دارند^{۳۶} و معتقدند که استحقاق عامل در نتیجه قبول ایجاب جاعل و توافق بین طرفین به وجود می آید و این توافق ممکن است صریح باشد یا ضمنی، لفظی باشد یا فعلی و قائلند به اینکه طبیعت پیشنهادها و ایجاب هایی که مخاطب آن عموم افراد هستند دوام ایجاب را اقتضاء دارد و نباید آن را نشانه ایقاع بودن جعاله شمرد^{۳۷}.

۳- برخی نیز بین جعاله عام و خاص تفصیل قائل شده اند؛ در حالی که جعاله خاص را عقد می دانند، نظر به ایقاع بودن جعاله عام دارند و استدلال آن‌ها این است که برای امکان وقوع عقد وجود دو طرف معین لازم است و حال آنکه در جعاله ممکن است که از قبل و در هنگام ایجاب طرف معین و معلوم نباشد که در اینجا ایقاع است^{۳۸}.

بررسی فقهی حقوقی شرکت

در قوانین بعد از انقلاب مشارکت به عنوان یک عقد مستقل پذیرفته شده است؛ مقنن در فصل سوم آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا(مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۸ هیأت وزیران) یکی از مفهوم‌ترین عقود بانکی را مشارکت دانسته و آن را که در کنار دیگر عقود مشارکتی(مضاربه، مزارعه، مساقات) پذیرفته است. ماده ۱۸ مصوبه مذکور در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «مشارکت عبارت است از درآمیختن سهم شرکت نقدی و غیر نقدی به اشخاص حقیقی با حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد.»

با تصویب این قانون و قراردادهای متنوعی که امروزه بانک‌ها منعقد می‌نمایند، دیگر تردیدی در عقد بودن مشارکت به عنوان یک عقد مستقل وجود ندارد.

^{۳۶} دادم‌رمزی، مهدی، ۱۳۸۴، فقه استدلالی (ترجمه تحریر الروضه فی شرح اللمعه)، قم: انتشارات طه، ص ۴۲۲، عدل، مصطفی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی، قم:

انتشارات طه، ص ۲۷۰، کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، عقود معین ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۱۰

^{۳۷} کاتوزیان، همان

^{۳۸} طاهری، همان، ج ۴، ص ۲۸۶

ویژگی های قراردادهای مشارکتی

۱- انتظار انتفاعی بودن قرارداد: ماهیت این قراردادها همانند قراردادهای مبادله ای انتفاعی است با این تفاوت که در قراردادهای مبادله ای تحقق انتفاع حتمی است؛ اما در قراردادهای مشارکتی انتظاری است. طرفین قرارداد (بانک و متقاضی تسهیلات) انتظار دارند طبق پیش بینی خود سودی داشته باشند؛ اما در عمل ممکن است اتفاق نیفتد.

۲- متغیربودن نرخ سود قرارداد: در قراردادهای مشارکتی ممکن است ابتدای قرارداد، سهم سود بانک و نرخ سود انتظاری را برآورد کرد؛ اما سود واقعی در پایان قرارداد معلوم می شود و به صورت طبیعی از موردی به مورد دیگر متفاوت خواهد بود؛ چنان که ممکن است برای قرارداد خاصی نرخ سود صفر و حتی منفی باشد؛ در نتیجه سود بانک از محل قراردادهای مشارکتی متغیر و در پایان دوره مالی معلوم می شود.

۳- اذنی بودن قرارداد: در قراردادهای مشارکتی، سرمایه ای که از طرف بانک در اختیار متقاضی تسهیلات قرار داده می شود، به ملکیت او در نمی آید. بانک فقط به او اذن تصرف می دهد. متقاضی تسهیلات می تواند در دایره اذن صاحب سرمایه (بانک) از آن در فعالیت اقتصادی بنگاه استفاده کند و رابطه مالی بانک با مشتری، رابطه صاحب سرمایه با عامل یا رابطه دو شریک خواهد بود.

۴- نیاز به نظارت و کنترل: در قراردادهای مشارکتی، افزون بر مسؤولیت احراز صحت اصل قرارداد، بانک مسؤولیت دارد اقتصادی بودن فعالیت را احراز کند و در طول اجرای پروژه بر کیفیت به کارگیری منابع نظارت و کنترل داشته باشد تا از حق و حقوق بانک و سپرده گذاران دفاع کند.^{۳۹}

مشارکت حقوقی

قراردادی است که طی آن، بانک قسمتی از سرمایه شرکت های سهامی جدید را تامین و یا قسمتی از سهام شرکتهای سهامی موجود را خریداری می کند و از این طریق در سود آن ها شریک می شود. بانکها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی، بازرگانی و خدماتی، قسمتی از سرمایه مورد نیاز شرکت های سهامی را که برای امور مذکور تشکیل شده و یا می شوند، تامین نمایند.

طبق ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی و بازرگانی و خدماتی، قسمتی از سرمایه یا منافع مورد نیاز این بخش ها را به صورت مشارکت تامین کنند.

ماده ۲۳ آیین نامه فصل سوم قانون مزبور در تعریف شرکت حقوقی گفته است: مشارکت حقوقی عبارت است از تامین قسمتی از سرمایه شرکت های سهامی جدید، یا خرید قسمتی از سهام شرکت های سهامی موجود. دستورالعمل اجرایی مشارکت حقوقی مصوب شورای پول و اعتبار هم همین تعریف را دارد.

مشارکت حقوقی به دو صورت می تواند انجام پذیرد:

اول اینکه، بانک با تامین قسمتی از سرمایه شرکت سهامی، در تاسیس آن مشارکت کند.

دوم اینکه، قسمتی از سهام شرکت های موجود را خریداری نماید.

^{۳۹}. هدایتی و دیگران، همان، ص ۸۹

مشارکت بانک می بایست منحصر به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف بازرگانی، تولیدی و خدماتی باشد. بانک موظف است که قبل از مشارکت، وضعیت شرکت های سهامی را که سهام آن ها را می خرد یا طرح ارائه شده برای مشارکت را از لحاظ فنی، مالی و اقتصادی بررسی و ارزیابی کند. مشارکت در صورتی تجویز شده است که مشارکت بانک از محل منابع بانک و سپرده های سرمایه گذاری متضمن عدم زیان دهی باشد. به عبارت دیگر، مشارکت باید در هر حال برای بانک و سپرده گذاران سودآور باشد. توجه به این نکته ضروری است که از نظر مقررات، بانک در بکارگیری سپرده های سرمایه گذاری وکیل سپرده گذار است.^{۴۰} با این ترتیب، از نظر قانون، هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می گردد، در اینصورت، وکیل مسول خواهد بود.^{۴۱} علاوه بر این، وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات کند و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده، یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار اوست تجاوز نکند.^{۴۲} وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است به او رد کند.^{۴۳} با این ترتیب، مسویت سنگینی متوجه بانک می باشد و برای احتراز از این مسوولیت، استفاده از منابع بانک، یا سپرده های اشخاص در مشارکت و به طور کلی در هریک از تسهیلات بانکی، می بایست متضمن عدم زیان دهی باشد. بنابراین، بررسی و ارزیابی موضوع از لحاظ فنی و مالی و اقتصادی کاملاً ضروری است.

البته بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز در امر مشارکت نقش های عمده و مهمی به شرح زیر دارد:

۱- تعیین حداقل نسبت سرمایه شرکت هایی که بانک ها در آن ها مشارکت می کنند، به کل منابع مالی این قبیل شرکت ها در بدو مشارکت.

۲- تجویز ضرورت مشارکت بانک در بخش خدمات

۳- تعیین حداقل نرخ سود مورد انتظار توسط شورای پول و اعتبار.

از نظر دستورالعمل شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۶۳ مشارکت یک یا چند بانک با اشخاص حقیقی، یا حقوقی در یک شرکت سهامی بلامانع است. میزان مشارکت یک یا چند بانک در شرکت سهامی جدید نباید از ۴۹ درصد کل سرمایه و میزان خرید سهام شرکت سهامی موجود توسط یک یا چند بانک نباید از ۲۰ درصد کل سرمایه شرکت تجاوز کند. مشارکت بانک ها در سرمایه شرکت های سهامی جدید بیش از میزان تعیین شده فوق موکول به موافقت قبلی بانک مرکزی است.

دستورالعمل شورای پول و اعتبار مقرر داشته که مشارکت بانک ها در سرمایه شرکت های تحت پوشش صنایع ملی ایران، به منظور تبدیل مطالبات بانک ها به سرمایه این شرکت ها، تابع ضوابط مربوطه می باشد. لازم به ذکر است که قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران، مصوب ۱۳۵۸ مقرر داشت که بانک ها با رعایت تبصره ذیل ماده ۳ موظفند پس از تعیین ارزش سهام موسسات مشمول قانون حفاظت و موسسات تحت مدیریت یا نظارت دولت این قانون، معادل طلب خویش از موسسات مذکور در این گونه موسسات از طریق افزایش سرمایه مشارکت کنند. در رای وحدت رویه ردیف ۶۳/۵۵ شماره ۵۶ مورخ ۱۳۶۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور آمده است: مشارکت بانک ها با موسسات مشمول بند ج ماده یک قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران، از طریق افزایش سرمایه، با توجه به کلمه طلب مذکور در ماده ۳ لایحه قانونی متمم قانون حفاظت و توسعه صنایع

^{۴۰}. تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا/ماده ۹ آیین نامه فصل دوم قانون

^{۴۱}. ماده ۶۶۶ قانون مدنی

^{۴۲}. ماده ۶۶۷ قانون مدنی

^{۴۳}. ماده ۶۶۸ قانون مدنی

منوط به ثبوت طلب بانک از این گونه موسسات بوده و ثبوت این موضوع در صورت اختلاف موکول به طرح دعوی در دادگاه است.^{۴۴}

ضمناً نظریه شورای نگهبان هم در مورد مغایرت مفاد تبصره ۱ ماده ۳ اساسنامه سازمان صنایع ملی ایران با موازین شرعی به شرح ذیل از طرف ریاست جمهوری وقت در سال ۱۳۶۶ به وزارت خانه ها و اعضای مجمع عمومی سازمان صنایع ملی ایران ابلاغ شده است: به موجب تبصره مذکور وظایف و اختیارات مجامع عمومی مندرج در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در مورد موسسات مشمول قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران بر عهده سازمان صنایع ملی ایران محول شده بود لکن از سوی شورای نگهبان اعمال وظایف و اختیارات مجامع مزبور، در صورتی که تمام یا بعضی از سهام آن در مالکیت شرعی اشخاص باشد بدون رضایت آن‌ها مشروع دانسته نشده است. لذا با اجرای نظر فوق واحدهای مشمول بند ج قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران با رضایت صاحبان سهام اداره خواهد گردید.^{۴۵}

دستورالعمل شورای پول و اعتبار مشارکت بانکها را در شرکتهای سهامی که نسبت سرمایه آن‌ها در بدو مشارکت به کل منابع مالی شرکت کمتر از ۳۰ درصد در مورد شرکت های تولیدی و کمتر از ۲۰ درصد در مورد شرکتهای بازرگانی و خدماتی می باشد منع نموده است. ۱۰۰ درصد سرمایه گذاری ثابت برای شرکتهای موضوع مشارکت باید به صورت منابع مالی بلند مدت یا سایر منابع تامین شود. تخصیص منابع بانک ها برای مشارکت حقوقی در رشته های مختلف با رعایت اولویت های تعیین شده توسط دولت خواهد بود. بانکها مکلفند که بر نحوه مصارف منابع موضوع مشارکت در طرح های جدید و توسعه و تکمیل نظارت لازم و کافی به عمل آورند و سرانجام به بانک ها اجازه داده شده است که سهام خود در شرکت های موضوع این بخش را به فروش برسانند. خرید سهام شرکتهای موجود و مشارکت در سرمایه شرکتهای جدیدالتاسیس، طبق ضوابط مقرر در اصلاحیه قانون تجارت در مورد شرکت های سهامی می باشد که تذکار آن در اینجا ضرورت ندارد.

مشارکت مدنی

در آمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی شریک با سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی بانک به صورت مشاع برای انجام کاری معین درباره فعالیت های تولیدی، بازرگانی و خدماتی به مدت محدود به قصد انتفاع بر حسب قرارداد را مشارکت مدنی گویند. اشخاصی که بخواهند برای تأسیس یا توسعه فعالیت های تولیدی، بازرگانی یا خدماتی خود یا ادامه این گونه فعالیت ها با بانک مشارکت مدنی کنند باید افزون بر اطلاعات هویتی اطلاعاتی مانند موضوع مشارکت، میزان سرمایه مورد نیاز، حداکثر مدت مشارکت، پیش بینی خرید، هزینه و فروش، سهم سود پیشنهادی متقاضی، وثیقه ای که برای ضمانت حسن اجرای کار به بانک می سپارد را در اختیار بانک بگذارد. بانک با بررسی اطلاعات و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مشارکت مدنی، سهم بانک و شریک، نسبت سود شریک و بانک با رعایت تمام ضوابطی که در این امر برای بانکها معین شده است، در صورت وجود توجیه کافی اقتصادی با آوردن شرایطی در ضمن قرارداد یا بدون شرط با درخواست مشتری، موافقت و به انعقاد قرارداد اقدام می کند. در قرارداد مشارکت مدنی می توان شرایطی را در ضمن قرارداد گنجاند، بانک می تواند با آوردن شرطی، حق نظارت بر کیفیت جذب سرمایه و برگشت آن در طول قرارداد را برای بانک محفوظ بدارد. در پایان هر سال مالی یا در پایان قرارداد سود حاصل از شرکت به تناسب سرمایه بین بانک و شریک تقسیم می شود. مشارکت مدنی بانکی همان قرارداد شرکت است که در متن های فقهی از آن به شرکت اجتماع حقوق اموال یا شرکه العنان تعبیر می شود و مطابق ماده ۵۷۱ (ق.م) عبارت است از مشارکت مدنی از جمله عقود جایز. مالکین متعدد در شی ای واحد به صورت اشاعه بوده و طرفین هرگاه بخواهند می توانند آن را فسخ کنند. همچنین به موت، سفاهت و جنون هر یک از طرفین منحل خواهد شد. در این عقد تمام شرایط صحت عقد، مانند عقل، بلوغ، اختیار و نبود حجر به واسطه سفه و ورشکستگی لازم است.

^{۴۴} خاوری، همان، ص ۳۷۸

^{۴۵} همان

ماده ۷ فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانک ها اجازه داده است که به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی و بازرگانی و خدماتی، قسمتی از سرمایه یا منابع مورد نیاز این بخشها را به صورت مشارکت تامین کنند. مشارکت مدنی یکی از روش هایی است که جانشین اعطای وام یا اعتبار شده و از این طریق منابع پولی کوتاه مدت مورد نیاز واحدهای تولید، بازرگانی و خدماتی تامین می شود.

ماده ۱۸ آیین نامه فصل سوم همان قانون به تعریف مشارکت مدنی پرداخته و توضیح داده است که: «مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع، به منظور انتفاع، طبق قرارداد».

دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار هم تعریف آیین نامه را به کار برده است. در این نوع از تسهیلات بانکی برای انجام منظور قانونگذار قسمتی از سرمایه مورد لزوم توسط بانک تامین می شود. هرگاه منظور و هدف متقاضی تسهیلات ایجاد واحد تولیدی باشد، بانک موظف است قبل از مبادرت به انعقاد قرارداد مشارکت مدنی، عملیات موضوع مشارکت را بررسی نموده و اطمینان حاصل کند که اصل مال الشرکه و سود مورد انتظار ناشی از مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد، قابل برگشت و مشارکت هم باید مشخص باشد.

در ابتدا برای بانک و شریک یا شرکاء سهم الشرکه تعیین می شود یعنی درصدی از کل سرمایه را بانک و درصدی را شریک یا شرکا قبول می کنند. تحقق مشارکت نیز منوط به اینست که شرکا سهم الشرکه نقدی خود را به حساب مخصوصی که در بانک برای شرکت افتتاح می شود، واریز کنند. هرگاه تمام یا قسمتی از سهم الشرکه غیرنقدی باشد، این سهم الشرکه بایستی به مدیر یا مدیران شرکت تحویل شود. اما معمولاً بانک نسبت به سهم الشرکه یا آورده غیرنقدی شریک اشتیاقی از خود نشان نمی دهد. ضمناً شرکا می توانند سهم الشرکه خود را همزمان و به دفعات بپردازد، یعنی اجباری نیست که هر شریک سهم الشرکه خود را یکجا و در یکدفعه بپردازد.

حداقل سود مورد انتظار معامله یا معاملات موضوع شرکت های مدنی توسط شورای پول و اعتبار تعیین می شود. به این معنی که سرمایه گذاری بانک بایستی سود و بازدهی برای بانک داشته باشد و تعیین حداقل این سود در صلاحیت شورای پول و اعتبار است. همچنین تعیین حداقل، یا حداکثر نسبت سهم سود بانک ها در عملیات مشارکت مدنی نیز با شورای پول و اعتبار است.

بانکها در صورتی مجاز به مشارکت مدنی می باشند که موضوع مشارکت حداقل ظرف یکسال خاتمه پذیرفته و ظرف همین مدت، قابل تصفیه باشد، لکن مشارکت مدنی برای امور تولیدی و صنعتی و معدنی و کشاورزی و احداث مسکن و ساختمان و همچنین برای امور طرح های جدید خدماتی حداکثر سه سال است و در موارد استثنایی هم بانک مرکزی می تواند این مدت را افزایش دهد.

حداکثر مشارکت بانک در هر شرکت مدنی هشتاد درصد سرمایه هر شرکت مدنی است. اداره امور مشارکت مدنی را می توان بر عهده بانک، ی شریک، یا شرکای دیگر قرارداد. اما بانک موظف است بر حسن اجرای قرارداد مربوط به مشارکت مدنی تا خاتمه موضوع شرکت و تصفیه حساب، نظارت لازم و کافی به عمل آورد.

عملیات بانکی ناشی از معاملات موضوع مشارکت مدنی نیز در بانک طرف قرارداد متمرکز می شود و هرگاه طرف قرارداد بیش از یک بانک باشد، عملیات بانکی موصوف نزد یکی از بانک های شریک متمرکز می شود. در عین حال که در این جا به مدیر یا مدیران و همچنین به شرکت اشاره شده است، در مشارکت مدنی شخصیت حقوقی ایجاد نمی شود و جدا از شرکت های تجاری است.

در تشریح تفاوت مشارکت مدنی در نظام بانکی با معادل آن در قانون مدنی می توان گفت: در صورتی این دسته از قراردادهای با مقررات قانون مدنی هماهنگ خواهند بود که اولاً، هیچ‌گونه توافق قبلی بر مبلغ یا درصد معینی به عنوان سود وجود نداشته باشد، زیرا تا زمانی که شرکت یا فعالیت تولیدی به مرحله سوددهی نرسیده باشد، در واقع سودی وجود ندارد که بین طرفین تقسیم شود یا توافق بر تقسیم آن صورت گیرد. در ثانی، صاحب سرمایه یا تسهیلات نمی‌تواند از دریافت‌کننده تسهیلات «تضمین» بخواهد زیرا دو طرف در یک فعالیت یا مؤسسه شریک می‌شوند و درخواست تضمین از شریک با هیچ یک از قواعد حاکم بر شرکت مدنی یا تجاری انطباق ندارد. در تایید موارد فوق، تبصره یک قانون «منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی» مصوب ۱۳۸۵/۲/۳۱، مقرر می‌دارد: «درباره عقود با بازدهی متغیر، بانک‌ها مکلفند بدون تعیین نرخ سود مورد انتظار، بر اساس مفاد قانون عملیات بانکی بدون ربا، در حاصل فعالیت اقتصادی مورد قرارداد شریک شوند، در عقود امور مشارکت برای تولید، مذکور در تبصره بند (ب) ماده (۳) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک نمی‌تواند از شریک وثیقه خارج از طرح بخواهد».

در قراردادهای بانک سود دلخواه خود را که از حداکثر مقرر توسط بانک مرکزی کمتر است، در قالب «سود مورد انتظار» در قرارداد قید می‌کند و در رویه بانکی، عملاً تفاوتی میان «وثیقه مطلق» و «وثیقه مربوط به طرح» وجود ندارد.

موضوع سوم هم آن است که حتی اگر شرط نشده باشد، در صورت بروز خسارت، صاحب سرمایه یا تسهیلات به عنوان شریک مسئولیت دارد و ممکن است سرمایه خود را از دست بدهد و این امر یکی از مقتضیات عقود مشارکتی محسوب می‌شود.

برای تأمین منافع بانک در قراردادهای مشارکتی، از یک طرف بانک باید کارشناسان خبره‌ای در حوزه‌ها و فعالیت‌های مختلف داشته باشد و از طرف دیگر، بانک حق دارد پس از انعقاد قرارداد و در طول انجام فعالیت تولیدی یا حیات شرکت، به طور مستمر آن را مورد نظارت و بازرسی قرار دهد. برای سهولت بازرسی، بانک‌ها معمولاً در قراردادهای مشارکتی خود، طرف معامله (گیرنده تسهیلات) را ملزم می‌کنند که با تقاضای بانک، دفاتر و حساب‌ها و هرگونه مدارک، ارقام و اطلاعات دیگر مورد نیاز درباره عملیات مورد توافق را در اختیار بانک قرار دهند و تسهیلات لازم را برای اعمال نظارت بانک فراهم آورند.^{۴۶}

سرمایه‌گذاری مستقیم

پیش از ارائه تعریف سرمایه‌گذاری مستقیم لازم است که تفاوت اصطلاح سرمایه‌گذاری به مفهوم تأمین سرمایه از اصطلاح تشکیل سرمایه تبیین شود.

تشکیل سرمایه از نظر محاسبات اقتصادی ایجاد کالاهای سرمایه‌ای است که در نتیجه آن بر کالاهای سرمایه‌ای موجود در اقتصاد جامعه افزوده می‌شود. کالاهای سرمایه‌ای بدین مفهوم سهام و اوراق قرضه و نظایر آن‌ها را دربرنمی‌گیرد. و لذا تشکیل سرمایه بیشتر در ارتباط با داراییهای عینی است تا داراییهای ذهنی. اما سرمایه‌گذاری اصطلاحاً خرید سهام، اوراق قرضه و نظایر آن را دربرمی‌گیرد و بدین تعبیر موضوع بحث آن بیشتر داراییهای ذهنی است تا عینی. بدین ترتیب سرمایه‌گذاری مستقیم آن نوع سرمایه‌گذاری به مفهوم تأمین سرمایه است که مستقیماً توسط یک یا چند بانک از طریق شرکتهای سهامی که مستقل از بانکها تشکیل می‌گردد انجام می‌شود.

به عبارت دیگر سرمایه‌گذاری در این مفهوم نوعی مشارکت حقوقی است که در اجرای طرحهای تولیدی و عمرانی از طریق خرید سهام و یا مشارکت بانکها به مرحله اجرا گذارده می‌شود.

^{۴۶}. نظر پور، محمدنقی و فرشته ملاکریمی، ۱۳۹۴، بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد

طبق ماده ۲۸ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا سرمایه‌گذاری مستقیم عبارت است از تأمین سرمایه لازم جهت اجرای طرحهای تولیدی و طرحهای عمرانی انتفاعی توسط بانکها.

نکات قابل ملاحظه در سرمایه‌گذاری مستقیم:

۱- اجرای طرحهای موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم فقط از طریق شرکتهای سهامی مجاز می‌باشد و از آنجا که تشکیل و انحلال این نوع شرکتها تابع ضوابط و مقررات پیش‌بینی شده در قانون تجارت است جز در موارد مصرح برای انحلال شرکتهای سهامی امکان فسخ آن وجود ندارد.

۲- صددرصد سرمایه‌گذاری ثابت برای اجرای طرحهای موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم باید به‌صورت منابع مالی بلند مدت تأمین شود.

۳- برای اینگونه سرمایه‌گذاریها باید ضمن لایحه بودجه سالانه کشور به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

۴- تأسیس و راه‌اندازی واحدهای جدید تولیدی و عمرانی از طریق اینگونه سرمایه‌گذاریها در مواردی که مشارکت حقوقی امکان پذیر نبوده ولی امکان سرمایه‌گذاری مستقیم بانکها با توجه به اولویتهای برنامه توسعه اقتصادی و عمرانی کشور وجود داشته باشد مجاز است. لذا طرحهای جدید که از طریق مشارکت حقوقی به‌صورت مشارکت با اشخاص حقیقی یا حقوقی امکان‌پذیر است می‌باید از همان طریق انجام پذیرد به عبارت دیگر سرمایه‌گذاری مستقیم اولاً در مواردی است که اشخاص حقیقی و حقوقی راغب به مشارکت با بانک نباشند و ثانیاً سرمایه‌گذاری مورد نظر با اولویتهای برنامه توسعه اقتصادی تطبیق نماید.

۵- فروش تمام یا قسمتی از سرمایه‌گذاریها و به عبارت دیگر تمام یا قسمتی از سهام بانکها در شرکتهایی که از طریق سرمایه‌گذاری تشکیل شده‌اند در صورتی مجاز است که پس از رسیدن طرح به مرحله بهره‌برداری با هماهنگی شورای عالی بانکها انجام پذیرد. باید توجه داشت چنانچه بر اثر فروش قسمتی از سهام بانکها نسبت سهام بانکها در این قبیل شرکتهای به ۴۹٪ و یا کمتر تقلیل یابد سرمایه‌گذاری تابع ضوابط مشارکت حقوقی خواهد بود.

۶- سرمایه‌گذاری بانکها فقط در مورد طرحهایی مجاز است که نتیجه ارزیابی حاکی از عدم زیان دهی باشد. در ضمن بانکها به هیچ وجه حق ندارند در تولید اشیاء تجملی و مصرفی نیز ضروری سرمایه‌گذاری نمایند.

قبل از اقدام به سرمایه‌گذاری مستقیم، طرح موضوع سرمایه‌گذاری می‌باید در حد نیاز از لحاظ فنی، اقتصادی و مالی بررسی و ارزیابی شده و نتیجه این مطالعات بیانگر موجه بودن طرح باشد. این بررسی و ارزیابی به دلیل اهمیت خاصی که دارد قبول و اجرای هر طرح در نهایت منجر به مصرف مبالغ متنابهی از منابع بانک در طرح می‌گردد که برگشت آن در کوتاه مدت امکان‌پذیر نمی‌باشد و از این رو منافع بانک ایجاب می‌نماید که:

اولاً اطمینان حاصل نماید که طرح مورد نظر از جمیع جهات توجه و قابل اجرا باشد.

ثانیاً بر اثر اجرای طرح، تمام منابع مالی بانک و سود مورد نظر از بدو دوران بهره‌برداری تا پایان عمر اقتصادی طرح قابل برگشت باشد.

مطالعات راجع به قابلیت اجرا، مقرون به صرفه بودن و بازدهی هر طرح تماماً در قالب بررسیهای فنی، اقتصادی و مالی صورت می‌گیرد که شرح آن در مبحث «مشارکت حقوقی» گذشت.

در سرمایه‌گذاری مستقیم بانکها باید ترتیبی اتخاذ نمایند که داراییهای شرکت مورد سرمایه‌گذاری همه ساله بیمه شوند.

بررسی فقهی حقوقی تسهیلات مضاربه بانکی

جناب صاحب جواهر مضاربه را این چنین تعریف نموده اند: «ان المضاربه؛ دفع الانسان الی غیره مالا ليعمل فيه بحصه من ربحه» مضاربه این است که شخصی به دیگری سرمایه دهد که با آن تجارت کند و در برابر

حضرت امام خمینی مضاربه را چنین تعریف کرده اند: «هی عقد واقع بین الشخصین علی ان یکون راس المال فی التجاره من احدهما و العمل من الآخر» مضاربه عبارت است از عقدی که بین دو نفر منعقد می شود، به این صورت که سرمایه از یک طرف و کار از دیگری باشد.

ماده ۵۴۶ قانون مدنی در باب تعریف مضاربه میگوید: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه میدهد و با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشد. صاحب سرمایه مالک و طرف سرمایه گیر مضارب نامیده می شود.

در قانون عملیات بانکی بدون ربا از مضاربه تعریف خاصی نشده است و تقریباً همان تعریفی که توسط فقها و نیز در ماده ۵۴۶ قانون مدنی آمده مورد پذیرش قرار گرفته است. در ماده ۳۶ آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا و همچنین دستور العمل اجرایی مضاربه آمده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تامین سرمایه (نقدی) می گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

با توجه به تعریف مزبور بین مضاربه ی بانکی و مضاربه ی عادی فرقی نیست در حالی نیست که ضوابط اجرایی آن دو با یکدیگر تمایز دارند. از این رو در تعریف دیگر تحت عنوان «مضاربه ی مطلق» بین آن دو فرق گذاشته و در صفحه ی اول دستورالعمل «اعتبار در حساب جاری در چارچوب عقد مضاربه» شماره ی ۴۰۴/۰۱/۸۰/۱ مورخه ۱۳۸۰/۱۰/۲۷ اداره ی تشکیلات و روش های بانک مرکزی آمده است: «مضاربه ی مطلق عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین (بانک) عهده دار تامین سرمایه می گردد، به طوری که طرف دیگر (عامل) با آن سرمایه معاملات تجاری مختلف و متعدد انجام داده و در سود حاصل از معاملات هر دو طرف شریک شوند.

در این تعریف قید «مضاربه ی مطلق» نشان دهنده ی وجه تمایز آن با مضاربه ی عادی و غیر بانکی است که موضوع آن انجام معاملات تجاری مختلف و متعدد بدون محدودیت خرید کالای موضوع فعالیت عامل مضاربه با سرمایه ی بانک است، اما به نظر می رسد، اولاً تعبیر «مضاربه ی مطلق» در مورد مضاربه ی بانکی اصطلاح صحیحی نباشد زیرا بر اساس نظر فقها و با توجه به ماده ی ۵۵۳ قانون مدنی مضاربه ی مطلق یعنی معامله ای که در آن شرایط خاصی شرط نشده باشد و عامل می تواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند انجام دهد. ثانیاً به دلیل کاربرد خاص مضاربه در امور بانکی تعریف مزبور کامل نبوده و بجاست تعریف دقیق تری از آن به عمل آید.

از این رو می توان عقد مضاربه بانکی را چنین تعریف کرد: «مضاربه ی بانکی عقدی است که به موجب آن بانک ها به عنوان مالک از محل وجوه متعلق به خود و یا به وکالت از مالکین سپرده های سرمایه گذاری مدت دار عهده دار تامین سرمایه می گردد، به طوری که طرف دیگر «عامل» با آن سرمایه معاملات تجاری مختلف و متعدد را در مقابل سود خالص از آن برای مدتی معین طبق شرایط و ضوابطی که در مقررات بانکی آمده انجام می دهد».

ماهیت مضاربه

جایز بودن

عقد مضاربه عقدی جایز است به همین جهت در آن مدت لازم نیست. (ماده ۵۵۰ ق.م.) اگر در مضاربه مدت تعیین شود موجب لزوم آن نمی شود و طرفین می توانند قبل از انقضای مدت آن را به هم بزنند. و اثر تعیین مدت این است که در صورت انقضای مدت تعیین شده عقد مضاربه خود به خود منحل می گردد. اگر عامل بعد از انقضای مدت بکار خود ادامه دهد و مالک نیز این عملیات را تنفیذ نماید، این اذن به معنی تمديد مضاربه نیست و نشانه عدم فصولی معاملات است، در نتیجه تمام سود متعلق به مالک خواهد بود و عامل مستحق اجرت المثل است (از باب ماده ۳۳۶ ق.م) و اگر هم سودی بدست نیاید، باز هم عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود.

گاه جایز بودن مضاربه، به رغم فوایدی که دارد، ممکن است مشکل آفرین باشد و اختیار فسخ، موجب نگرانی و سلب قدرت برنامه ریزی اصولی در کار شود برای رفع این مشکل راه هایی هست که عبارتند از:

- اگر طرفین در عقد، ملتزم شوند که مضاربه را تا مدتی معین فسخ نکنند، عمل به آن لازم است. ولی اگر شرط کنند که عقد جایز، لازم شود، چنین شرطی باطل، ولی اصل مضاربه صحیح است.

- طرفین، در عقد دیگری که لازم است مانند بیع و صلح حق فسخ مضاربه را از یکدیگر سلب کنند. چنانچه این کار را در عقد جایز دیگری انجام دهند، تا زمانی که عقد دوم باقی است، عقد مضاربه لازم خواهد بود و هرگاه عقد دوم فسخ شود، عقد مضاربه نیز جایز می گردد.

مرکب و عهدی بودن

عقد مضاربه از ترکیب چند عقد بوجود آمده است و مانند وکالت و بیع و... ماهیت حقوقی بسیط و مستقل ندارد، چرا که از سویی مالک و صاحب سرمایه به عامل وکالت می دهد تا به حساب او تجارت کند و از سویی دیگر نوعی امانت در خصوص اصل سرمایه بوجود می آید و از سویی نیز شراکت نیز بوجود می آید. عقد مضاربه عقدیست عهدی گرچه این مساله گاه مورد تردید بوده است که آیا تملیکی است یا عهدی اما به اعتقاد مرحوم دکتر کاتوزیان از آنجا که عامل حق عینی بر سهمی از سرمایه یا اموال مالک پیدا نمی کند و اینکه در اثر پیمان مضاربه برای طرفین تعهداتی بوجود می آید باید آن را عقدی عهدی دانست چرا که مالی را که هنوز بوجود نیامده است را نمی شود به دیگری تملیک کرد.^{۴۷}

نتیجه گیری

نظام بانکی و بانکداری، نقش موثری در اقتصاد و حتی معیشت مردم ایفا می نماید. بانک ها از یک سو سرمایه های ریز و درشت افراد را جمع آوری می کنند؛ سپس آن ها را در دستان پرتوان فعالان اقتصادی قرار داده، زمینه را برای رشد و توسعه اقتصادی کشور فراهم می آورند؛ البته این زمانی رخ می دهد که روابط حقوقی، ابزارهای مورد استفاده و شیوه های ارتباط بانک با مشتریان، اعم از سپرده گذاران و متقاضیان تسهیلات، منطقی، روان، کارآمد و متناسب با اهداف و انگیزه های مشتریان باشد.

با تغییر قانون بانکداری ایران و حذف اعطای وام و اعتبار براساس قرارداد قرض با بهره، روش های دیگری برای تخصیص منابع جایگزین شد. گذشت بیش از بیست سال از تصویب و اجرای این قانون، فرصت مناسبی است تا بخش تخصیص منابع در بانکداری ایران را از جهت مشروعیت این قراردادهای و شیوه های اعطای تسهیلات ارزیابی کنیم بدون شک سیستم بانکداری

^{۴۷}. کاتوزیان، ۱۳۷۶، همان، ص ۱۰۹

اسلامی، طرح و تدوین قانون عملیات بانکی بدون ربا از کارهای پرارزش و بسیار مهم نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران به شمار می آید. آنچه روشن و واضح است اینکه تمام تلاش و سعی مسولین امر، تطبیق نظام بانکداری، آیین نامه ها و دستورالعمل های اجرایی آن با مبانی فقهی اسلام است ولی در این راستا گاه به دلیل ضعف قانونگذاری و یا به دلیل نحوه ی اجراء اشکالاتی به چشم می خورد که در جهت تکمیل و رفع نواقص آن نیز باید همت جدی به کار بست؛ هرچند نباید از یاد برد که تلاش های فراوانی در این مورد صورت گرفته است.

در نظام بانکداری اسلامی سپرده ها به دو نوع تقسیم می شوند:

۱- سپرده قرض الحسنه که در غالب کشورهای اسلامی که بانکداری اسلامی را به تجربه در آورده اند مورد استفاده قرار دارد. از نظر حقوقی این نوع سپرده مبتنی بر رابطه داین - مدیون می باشد و بنابراین همانند سپرده جاری در هر زمان قابل طلبه است. در ضمن این نوع سپرده منبع اصلی وام بدون بهره ای است که برای مقاصد خاص تخصیص می یابد.

۲- سپرده سرمایه گذاری که تقریباً مختص بانکداری اسلامی می باشد و بنیاد و شالوده آن از نظر حقوقی بر رابطه وکیل - موکل استوار است.

بر این اساس و بر مبنای اصل مشارکت در سود و زیان بانکداری اسلامی از دیدگاه سپرده سرمایه گذاری و مثابه وکیل و یا امین از جانب تمامی مشتریان خود (سپرده گذاران سرمایه گذاری) در استفاده از سپرده های سرمایه گذاری برای مصارف خاص در چارچوب قراردادهای و معاملات اسلامی اقدام می نماید.

از لحاظ نظری این مطلب هسته اصلی بانکداری اسلامی در مقایسه با بانکداری ربوی را تشکیل می دهد. در ستون دارایی یک بانک ربوی در مقایسه با نظام بانکداری اسلامی نیز تفاوت هایی از نظر شکل و محتوی ملاحظه می شود.

در بانکداری ربوی متداولترین ابزار از این دیدگاه عبارتست از وامها و اعتبارات اعطایی. در بانکداری اسلامی به عکس اعطای وام جز در مورد قرض الحسنه کاملاً منسوخ و تسهیلات اعطایی در چارچوب قراردادهای و معاملات اسلامی بر اساس موازین اسلامی این نقش را ایفا می کنند.

بر این اساس تسهیلات اعطایی یا ابزارهای مالی که در چارچوب قراردادهای و معاملات اسلامی مورد استفاده قرار می گیرند از نظر تقسیم بندی کلی به چهار گروه تقسیم می شوند:

۱- تأمین منابع مالی از طریق وام دهی: منحصرأ قرض الحسنه

۲- تأمین منابع مالی از طریق مشارکت: مضاربه، مشارکت (مدنی، حقوقی) سرمایه گذاری مستقیم، مزارعه و مساقات

۳- تأمین منابع مالی از طریق مبادلات: فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، خرید دین

۴- تأمین منابع مالی از طریق تعهدات: جعاله

همانگونه که ملاحظه شد مشخصه اصلی نظام بانکداری اسلامی تحریم ربا و تأکید است که در زمینه منع معاملات ربوی وجود دارد. به عبارت دیگر آنچه از نظر شریعت مقدس اسلام منع شده است بازده ثابت و از قبل تعیین شده در معاملات مالی است و نه بازده غیر ثابت و نامشخص که در قالب سود تبلور می یابد.

قرض الحسنه یکی از شیوه های تجهیز و تخصیص منابع در الگوی بانکداری بدون ربا مطرح گردیده است. یکی از مسائل موجود در بخش تخصیص منابع قرض الحسنه، بحث کارمزد است. پس از بررسی نظرات فقها مشخص می شود که تعیین کارمزد به

عنوان درصدی از مبلغ اسمی وام با مفهوم واقعی کارمزد سازگاری ندارد. یافته‌های تحقیق حاکی از وجود نشانه‌هایی از صوری بودن محاسبه کارمزد قرض‌الحسنه در بانک‌های کشور است.

در خصوص مشروعیت قرارداد جعاله نیز مشخص می‌شود در جعاله‌های بانکی، متقاضی تسهیلات با بانک جعاله‌ای منعقد می‌کند مبنی بر این‌که بانک کار خاصی را برای او انجام دهد و جعل را به‌صورت نسبی اقساطی از او دریافت کند، سپس بانک در قرارداد جعاله دیگری که به‌صورت نقد است، انجام کار را به عامل دیگری می‌سپارد. از نظر فقهی چون دو قرارداد مستقل از هم بوده و طرفین معامله متفاوت هستند، زیادی جعل قرارداد اول نسبت به قرارداد دوم اشکالی نخواهد داشت. البته برخی مواد دستورالعمل اجرایی جعاله از لحاظ فقهی دارای اشکال هستند که نیاز به اصلاح دارند.

مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی و مضاربه نیز عقود هستند که بانکها می‌توانند جهت تأمین مالی بخش‌های اقتصادی، بازرگانی و کشاورزی از آن بهره‌گیرند. مشارکت مدنی بانکداری همان قرارداد شرکت است که در متون فقهی از آن به شرکت اموال یا شرکه‌العنان تعبیر می‌شود. در این قرارداد، بانک با بررسی اطلاعات و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مشارکت مدنی، سهم بانک و شریک، نسبت سود شریک و بانک، با رعایت کلیه ضوابطی که در این امر برای بانک‌ها معین شده است در صورت وجود توجیه کافی اقتصادی با آوردن شرایطی در ضمن قرارداد یا بدون شرط با درخواست مشتری، موافقت و اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. در قرارداد مشارکت مدنی، در پایان هر سال مالی و یا در پایان قرارداد سود حاصل از شرکت به تناسب سرمایه بین بانک و شریک تقسیم می‌شود. مشارکت حقوقی در ارتباط با شرکت‌های سهامی عام است که تفاوت اصلی آن‌ها با شرکت‌های خاص (مشارکت مدنی) در شخصیت حقوقی شرکت‌های سهامی عام، مسئولیت محدود سهامداران و ضوابط و مقرراتی است که در اداره شرکت‌های سهامی در نظر گرفته می‌شود. این مباحث گرچه در کتاب‌های متداول فقهی نیامده است اما در استفتائاتی که از مراجع شده، حکم آن‌ها بیان شده است. مضاربه، عقدی است بین بانک و تاجر، برای اقدام به خرید و فروش کالا، در این نوع قرارداد، بانک به عنوان مضارب، تأمین‌کننده سرمایه و طرف دیگر قرارداد به عنوان عامل، عهده‌دار انجام کلیه امور مربوط به تجارت می‌باشد. سود حاصل از انجام معامله مورد نظر بین بانک و عامل در پایان کار تقسیم خواهد شد و نسبت این تقسیم بر اساس توافق اولیه خواهد بود. اگر سودی حاصل شود بین آن دو باشد. اگر در قرارداد مضاربه زمان تعیین نشود می‌تواند تا هر زمانی استمرار داشته باشد. در نظام بانکی به دارندگان اوراق مشارکت، سود علی الحساب پرداخت می‌شود. سود پرداختی در واقع سود حاصل از مشارکت در طرحی است که اوراق مشارکت به خاطر آن منتشر شده است. با وجود تشتت آرا در ماهیت سود اوراق مشارکت، همه محققان در حوزه اقتصاد اسلامی بر این عقیده پای می‌فشارند که سود علی الحساب غیرقطعی است و در واقع اگر در پایان پروژه معلوم شود که این سود کمتر از سود تحقق یافته بوده است و یا اساساً طرح مزبور با زیان رو به رو شود، دارنده باید مابه‌التفاوت را بازگرداند. این در حالی است که به دلیل تضمین شدن پرداخت سود علی الحساب این امر دستکم از لحاظ عملی امکان نیست. به همین دلیل است که برخی در مشروعیت سود تضمین شده تردید کرده‌اند و آن را شعبه‌ای از ربا دانسته‌اند.

باتوجه به مطالعات و بررسی‌های صورت پذیرفته قراردادهای بانکی در نظام بانکداری کشور عمده‌تاً مطابق با موازین و التزامات فقهی و شرعی تنظیم می‌گردند لیکن همچنان بایستی تلاش بیشتر در راستای اصلاح و اساسی‌سازی آن‌ها توسط متخصصین قانون و فقه صورت پذیرد.

منابع

۱. ابراهیمی، محمد حسین، ۱۳۷۱، قرض الحسنه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
۲. امامی، حسن، ۱۳۷۷، حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات اسلامی
۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، ۱۳۸۴، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات محراب
۴. بهمند، محمد و محمود بهمنی، ۱۳۸۱، بانکداری داخلی (تجهیز منابع پولی)، تهران: موسسه عالی بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران
۵. توتونچیان، ایرج، ۱۳۷۹، پول و بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه داری، تهران: توانگران
۶. حرعاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۴، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، بیروت: دارالحياء التراث العربی
۷. جمشیدی، سعید و علی اصغر عزیزاده، ۱۳۹۲، بانکداری اسلامی (داخلی ۲): اصول و قواعد سپرده‌ها، تسهیلات اعطایی و ابزارهای مشتقه تامین مالی، تهران: نشر گپ
۸. خاوری، محمود رضا، ۱۳۷۱، حقوق بانکی، تهران: موسسه بانکداری ایران
۹. دادمرزی، مهدی، ۱۳۸۴، فقه استدلالی (ترجمه تحریر الروضه فی شرح اللمعه)، قم: انتشارات طه
۱۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، عقود معین ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا
۱۱. محقق ثانی، علی بن حسین، ۱۴۰۸، جامع المقاصد فی شرح القواعد ج ۵، قم: موسسه آل البيت
۱۲. مظاهری، رسول، ۱۳۸۷، جعاله در بانکداری اسلامی، بوستان کتاب قم
۱۳. موسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۸، مجموعه سخنرانیها و مقالات بانکداری اسلامی، تهران: انتشارات خورشید
۱۴. موسویان، عباس، ۱۳۸۱، بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران
۱۵. موسویان، عباس، ۱۳۹۰، طرح تحول نظام بانکی: اصلاح قانون و الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
۱۶. موسویان، عباس، ۱۳۸۶، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی، تهران: پژوهشگاه پولی و بانکی، بانک مرکز جمهوری اسلامی ایران
۱۷. میرجلیلی، حسن، ۱۳۷۴، ارزیابی بانکداری بدون ربا، تهران: دفتر تحقیقات و سیاست های پولی، بازرگانی
۱۸. میرجلیلی، حسین، ۱۳۸۱، جهانی شدن بانکداری و ضرورت‌های ناشی از آن در بانکداری ایران، فصلنامه مفید، سال هشتم، شماره ۳۱
۱۹. نظرپور، محمدنقی و فرشته ملاکریمی، ۱۳۹۴، بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۵۷
۲۰. هدایتی، علی اصغر و دیگران، ۱۳۸۹، عملیات بانکی داخلی ۲ (تخصیص منابع)، تهران: موسسه عالی آموزش بانکداری ایران

Bank contracts in the light of Islamic banking requirements

Mohsen Gudarzi¹, Mojtaba Dehghan²

¹PhD student in criminal law and criminology, Shiraz Islamic Azad University, Fars, Iran

²Master's degree in private law, Maroodasht Islamic Azad University, Fars, Iran

Abstract

In the legal system that oversees banking in the world economy and especially in the Islamic country of Iran, it is important to emphasize the non-usury nature of actions and the spirit governing bank contracts and deposits. In the country of Iran, due to the rule of law and Sharia, there have been great changes and innovations in banking and related operations. Interest-free banking has crystallized in Iran with an emphasis on the teachings of the Islamic religion and consequently has been introduced and manifested in the field of facilities, deposits, etc. In the banking system in Iran before the Islamic Revolution, we have witnessed the rule of the usury system over the banking system and its various dimensions. Cleaning up the banking system required a strong will and effort, which actually happened in the Islamic Republic of Iran, and today we are witnessing a type of banking with an emphasis on preserving people's capital and paying attention to their interests, and at the same time without usury. Of course, the complete and absolute realization of this still requires investigation and effort and relying on the legal and jurisprudential foundations in the light of the holy Islamic law, and the experts in the field of law and jurisprudence should propose the necessary reforms and sufficient updates and in the field of legislation and supervision also be followed up and realized. In the current research, by examining the various criteria and operations under the country's banking system, we have tried to examine bank contracts in the light of the requirements of usury-free banking, and we examine the degree of their independence or effectiveness from the absence of usury. The results of the research indicate that bank contracts in the country's banking system are mainly regulated in accordance with jurisprudence and Shariah standards and requirements, but more efforts should be made in order to reform and establish them by law and jurisprudence experts.

Keywords: bank contracts, banking requirements, usury, Islamic banking, usury-free banking
