



تخصیص منابع در بانک‌های ایران از منظر فقه و قوانین بانکداری موجود

رضا آزاداندیش^۱
عباسعلی حیدری^{*۲}
محمود قیومزاده^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵

چکیده

پژوهش حاضر، به منظور بررسی امر تخصیص منابع در بانک‌های ایران، از نگاه فقه و قوانین بانکداری موجود؛ با مراجعه به کتب مرتبط مرجع و فیش برداری از مقالات و پایان نامه‌های مربوطه؛ به روش توصیفی و تحلیلی تدوین گردیده است. یافته‌های پژوهش مبین آن است که: صرف تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا (مصوب سال ۱۳۶۲) در ایران و تأیید آن از سوی شورای محترم نگهبان، به منزله مهر تأیید فقه، بر استقرار نظام بانکداری غیر ربوی در ایران نبوده، بلکه؛ لازمه استقرار چنین نظامی در بخش‌های عملیاتی و به ویژه در بخش اعطای تسهیلات بانک‌های کشور، تطابق عملکرد نظام بانکی با فقه و بر اساس قواعد فقهی می‌باشد. نویسنده در پایان نتیجه گرفته است: هم اینک در روند به کارگیری قانون عملیات بانکداری بدون ربا در عقود و قراردادهای تسهیلاتی بانک‌ها؛ ایراداتی فقهی و هم قانونی وجود دارد، که مسیر عملکرد سیستم بانکی کشور را در عمل، به سمت آنچه در بانکداری ربوی اعمال می‌شود هدایت نموده و آسیب‌هایی چون: ربا، حیله ربا، معاملات صوری، قراردادهای تظاهری، عدم نظارت بانک‌ها بر مصرف صحیح تسهیلات و عدم شناخت و اطلاع مخاطبین و حتی بسیاری از مسئولین و کارکنان بانک‌ها از عقود بانکی و... مانع از بکارگیری قانون مزبور در تار و پود عملیات بانکداری کشور و مانع از استقرار روش‌های بهینه‌ی تخصیص و توزیع منابع بانک‌ها در سطوح مختلف جامعه و شکوفائی اقتصادی گردیده است. لذا نویسنده، با الهام از نظر کارشناسان فقه بانکی؛ با پیشنهاد تطابق عقود موجود با قواعد فقهی و بکارگیری عقود جدید در بخش تخصیص منابع بانک‌ها، در صدد رفع آسیب‌های برشمرده برآمده است..

واژگان کلیدی: بانکداری، فقه بانکی، تخصیص منابع.

مقدمه

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران. rezaazadandish@yahoo.com

^۲ استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق (مدعو)، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران. (نویسنده مسئول): aa-heidari@iau-arak.ac.ir

^۳ استاد، گروه فقه و معارف، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. maarefteacher@yahoo.com

در ایران و به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی و متعاقباً تصویب قانونی تحت عنوان "قانون عملیات بانکداری بدون ربا" از سال ۱۳۶۲؛ صنعت بانکداری دستخوش تغییر شد و همچون دیگر کشورهای اسلامی، جهت گیری اسلامی در این صنعت با هدف توزیع عادلانه درآمد و ثروت در جامعه، ملاک عمل قرار گرفت و مقرر شد؛ سیاست‌های پولی و بانکی، به منظور هماهنگی و همکاری در جهت رشد، اشتغال، بهره‌وری، سرمایه‌گذاری، کاهش تورم، حفظ قدرت خرید مردم و خصوصاً منطبق با موضوع عدالت اجتماعی و اقتصادی و پرهیز از سیاست‌های تحریمی و تورمی بوده، ابزار پولی در خدمت اهداف بودجه‌ای اقتصاد دولت باشد و عملکرد بانک و دولت در اجرای این سیاست‌ها برای مردم کاملاً شفاف و مبرهن باشد.

با گذشت حدود چهار دهه از تصویب قانون عملیات بانکداری اسلامی در ایران اما، انتظارات آن طور که باید برآورده نشد و نظام بانکداری کشور نتوانست شفافیتی از عملکرد خود - خصوصاً در بخش اعطای شفاف تسهیلات - به متقاضیان این بخش (اعم از افراد حقیقی و حقوقی) را، به نحو مطلوب به اثبات رسانده و اعتماد مخاطبین را جلب کند.

امروز، انتظار مخاطبین بانک‌ها (دولت و مردم) این است که بانک‌ها با شفاف‌سازی در عملکرد خود، به کارهای مفید و خلاقانه‌ی سرمایه‌گذاری، جذب نقدینگی و اعتماد سازی، با تاکید بر اصول منشعب از فقه و قواعد فقهی که مورد تایید جوامع اسلامی است، اصولی چون؛ اصل افزایش پس انداز و سرمایه‌گذاری ملی و عمومی، اصل افزایش قدرت رقابت در عرصه جهانی، اصل بهره‌وری و ارتقای نرخ بازدهی سرمایه‌ها در تمام زمینه‌ها، اصل مدیریت نقدینگی و منابع و مصارف در جهت اهداف کلان، اصل عدالت محوری، اصل حفظ قدرت خرید پول ملی، سرعت گردش نقدینگی و عدم بلوکه شدن آن و پرهیز از نشر اسکناس پرقدرت و تامین کسری بودجه با استقراض از بانک مرکزی، اصل تلاش در کاهش نرخ تورم در سطح قابل قبول و تک رقمی، اصل افزایش سرمایه بانک‌ها براساس نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی، اصل پرهیز از تحمیل اعتبارات و تسهیلات تکلیفی بر بانک‌ها (مگر با جبران هزینه‌های مربوط)، اصل نظارت جدی بر حسن جریان امور و مصرف بجای اعتبارت و تسهیلات بانکی، اصل بازپرداخت تعهدات و معوقات بخش‌های مختلف به شبکه بانکی و بالاخره اصل نرخ سودها و کارمزدهای بانکی را (که اولاً واقعی باشد و ثانیاً تابعی از بازدهی سرمایه و شرایط اقتصادی جامعه و با در نظر داشتن ریسک سرمایه و درآمدهای واقعی هر بخش باشد، نه یکطرفه و به صورت تحمیلی) مورد توجه قرار دهند. نویسنده این پژوهش، بر همین اساس و با هدف رفع ابهام از سوء عملکرد بانک‌های کشور در جهت تنویر افکار عمومی و تشویق افراد به مشارکت و تعامل بیشتر با بانک‌ها؛ موضوع مهم

«تخصیص منابع در بانک‌های ایران از منظر فقه و قوانین بانکداری موجود» را انتخاب و با استعانت از کتب و مقالات علمی و مقولات برگرفته از نظر کارشناسانه متخصصان حوزه بانکداری اسلامی، شاخص شفافیت عقود و قراردادها در فرآیند پرداخت تسهیلات بانک‌های کشور را با فقه و بر اساس قواعد فقهی که مناسب‌ترین معیار بررسی صحت، بطلان و اصلاح قوانین جدید و از جمله قوانین حاکم بر نظام بانکداری ج.ا.ا قلمداد می‌شوند، مورد تحلیل و بررسی قرار داده است. در ارتباط با پیشینه این پژوهش، می‌توان به پایان نامه‌ای با عنوان: "قوانین نظام بانکداری اسلامی ایران در فقه و حقوق موضوعه"؛ نوشته آقای امیر اخوت، که به بررسی فقهی و حقوقی عقد شرکت (مشارکت) در نظام بانکی پرداخته و صرفاً جواز کاربرد این عقد را در بانک‌ها مورد بررسی قرار داده و ضمن تبیین مفهوم و اقسام شرکت در فقه امامیه، چگونگی اجرا و مشکلات و موانع بر سر راه مشارکت مدنی را شرح داده است. نیز در کتابی تحت عنوان "احکام فقهی بانکداری بدون ربا" نوشته مرحوم سیدعباس موسویان، وی در کتاب خود، به تبیین فقهی معاملات بانکی در بانکداری بدون پرداخته است. کتاب وی در هشت فصل تنظیم شده و مباحثی چون: بحث مبنایی ربا و بهره بانکی از دیدگاه اسلام، ماهیت فقهی معاملات بانکی در بانکداری بدون ربا، موضوعات جدید در بانکداری بدون ربا، مباحث مربوط به بانک مرکزی و قانون عملیات بانکی بدون ربا را از نظر گذرانده است.

در بررسی و مطالعه پژوهش‌های فوق و دیگر پژوهش‌هایی که به موضوع بکارگیری فقه در نظام بانکداری ایران پرداخته‌اند، پژوهشی جامع که مبحث مهم تخصیص منابع در بانک‌های ایران را به تفصیل بررسی نموده و با فقه و قواعد پر کاربرد آن در حوزه بانک و اقتصاد مورد سنجش قرار داده باشد ملاحظه نگردید. مبحثی که محور اصلی پژوهش حاضر می‌باشد.

۱- بانک و بانکداری

بانکداری به معنی مدیریت تجهیز و تخصیص منابع در بازار پول و عبارت است از: ارائه خدمات و عملیات بانکی در زمینه‌های پولی، مالی و اعتباری، همچون: نگهداری سرمایه و سپرده اشخاص و به کارگیری آن در جهت رشد و توسعه اقتصادی، نقل و انتقال پول، صدور بروات و حوالجات تجاری، اعطای اعتبار و وام به اشخاص، تامین اعتبار در جهت توسعه کشاورزی، بازرگانی و صنعت، نگهداری اموال و اوراق بهادار اشخاص، خرید و فروش فلزات قیمتی و ارز و انتشار اسکناس و اوراق بهادار. (عملیات بانکی شامل: دریافت سپرده از اشخاص حقیقی و حقوقی و اعطای تسهیلات یا ایجاد اعتبار و خدمات بانکی: مجموعه اقداماتی غیر از عملیات بانکی نظیر صدور

ضمانت‌نامه و گشایش اعتبار اسنادی که مؤسسه اعتباری می‌تواند در چارچوب ضوابط اعلامی بانک مرکزی هر کشور به مشتریان ارائه و در قبال آن سود یا کارمزد دریافت کند). امروزه بانکداری یکی از مهم‌ترین بخش‌های اقتصادی کشورها به شمار می‌آید.

۲- فقه بانکی

حجم گسترده‌ای از مسائل فقهی به بیان اصول و مقررات مربوط به معاملات و فعالیت‌های اقتصادی اختصاص یافته است. این اصول و قوانین کلی، زیر بنای طرح اقتصاد اسلامی به شیوه نو و در قالب بانک‌ها و دیگر موسسات مالی گردیده است. (محمدی گلپایگانی، ۱۳۸۹: ۵۲) بانکداری از نگاه فقه، به معنی انجام فعالیت‌های اقتصادی و مالی و وظایفی چون: تجهیز و توزیع اعتبارات، عملیات اعتباری، عملیات مالی، خرید و فروش ارزها، نقل و انتقال وجوه، وصول مطالبات اسنادی و سودسهم مشتریان، پرداخت بدهی مشتریان، قبول امانات، نگهداری سهام و اوراق بهادار و اشیای قیمتی مشتریان، انجام وظیفه قیومیت و وصایت برای مشتریان و انجام وکالت خرید و فروش است. (به کیش، ۱۳۹۱: ۳۸/۶)

۳- تخصیص منابع

تخصیص منابع، از اصطلاحات علوم مدیریت و اقتصاد و به معنی اختصاص دادن پول و اعتبار در امری به منظور کسب سود، منافع و یا ارزش آفرینی در آینده است. نقش تخصیص منابع، در رشد تولید، ایجاد کار و تأمین رفاه عمومی و تعادل اقتصادی تردیدناپذیر است. معمولاً یک جامعه برای تخصیص منابع، باید در بدو امر؛ پس‌اندازهای خود را تجهیز و برای ساختن ظرفیت‌های تولیدی به کار برد، تا در دوره‌های آینده امکانات مصرفی بیشتری فراهم گردد. (طیبیان، ۱۳۷۹: ۱۷۹)

۴- تخصیص منابع در نظام بانکداری اسلامی

اسلام همچون دیگر ادیان، امر تخصیص منابع را با اهمیت می‌داند و به اصل اموال و سرمایه، نگاهی بسیار مثبت دارد. از نظر اسلام، اموال و هر گونه کالا که نیازهای افراد را برطرف می‌سازد، امری حیاتی و عامل بقا و برپایی جامعه بوده و به علاوه راه تداوم حیات انسانی و رشد دین و دین‌باوری است. در سرتاسر تعالیم اسلامی از ضرورت تمتعات زندگی و حیاتی بودن اموال و کالاها سخن گفته شده است. امام علی (ع) می‌فرماید: لَمْ يَكْتَسِبْ مَالاً مَنْ لَمْ يُصَلِحْهُ آنکس که از سرمایه‌اش درست استفاده نکند در حقیقت، مالی به دست نیاورده است. (آمدی، ۱۴۱۰: ۵۶۳).

یقیناً قصد خداوند از تشریح ضوابط عمومی قراردادها، این نیست که افراد، با اعمال تغییراتی در ظاهر و در مفاد و محتوای آن‌ها، مقررات را زیر پا گذارند، لیکن مقصود، تشریح ضابطه‌های اساسی سامان بخشی به نظام اجتماعی انسان‌ها بوده است و این، در گرو عمل واقعی به احکام اسلام بوده و صرف پایبندی به آنها حاصل می‌شود. اسلام می‌خواهد کارهای خیر و معروف در جامعه دایر و رایج باشد و از اهم مصادیق آن: مسئله قرض الحسنه، فرهنگ کار و احسان و نیکی به عنوان یک اصل؛ مسئله سرمایه‌گذاری، رشد، تولید، توسعه و کار، در بخش‌های گوناگونی چون: مشارکت، مضاربه و مزارعه و... و نیز فعالیت‌های سالم اقتصادی؛ جلوگیری از استثمار، غرر و اکل مال به باطل و بهره‌کشی بدون فعالیت از کارکردن دیگران و ... است.

در مکاتب و نظام‌های اقتصادی غیر اسلامی، دولت از طریق بانک‌ها و موسسات مالی، برای تمام نیازها اعم از نیازهای مصرفی یا سرمایه‌گذاری و با قطع نظر از اینکه متقاضیان، سرمایه‌ی درخواستی را برای خرید کالا یا خدمات می‌خواهند یا نیاز به سرمایه در گردش دارند، در تمام موارد از راه وام بابت بهره پاسخ می‌دهد؛ در حالی که در نظام اقتصاد و بانکداری اسلامی برای هر نیازی ابزار خاصی وجود دارد که اعطای تسهیلات براساس آن بهترین نتیجه را به همراه دارد و مهم‌ترین مزیت بانکداری اسلامی نیز در همین نکته نهفته است. بانکداری اسلامی؛ مشروعیت عملیات بانک‌ها را در: تطابق قوانین و دستورالعمل‌های اجرائی بانک‌ها با شرع مقدس و بر اساس عقود شرعی نظیر: "قرض الحسنه، وکالت، مضاربه، مشارکت، اجاره به شرط تملیک، جعاله، خرید دین، مزارعه، مساقات و... مطابق با فقه اسلامی و قواعد مربوط به آن می‌داند." (قوامی، ۱۳۹۱: ۴۲)

بانکداری اسلامی تابع اصولی است که در آن؛ شیوه تجهیز و تخصیص منابع، متفاوت با نوع بانکداری غیر اسلامی است. این اصول عبارتند از:

الف. اصل منع بهره (به عنوان مهمترین اصل از اصول بانکداری اسلامی)

ب. اصل بازگدان بودن بانک (برای بانک این الزام را دارد که مثل دیگر بازگدانان، در امر تجارت وارد شود. چرا که هدف بانک، تقسیم سود واقعی بین سپرده‌گذاران است، لذا بانک بایستی تحت عنوان یک مجری اقتصادی، نه صرف واسطه‌گر مالی، به فعالیت اقتصادی مبادرت ورزد).

ج. اصل مستقل دانستن بانک از سپرده‌گذار (پس از سپرده‌گذاری افراد نزد بانک، بانک به عنوان مالک سپرده‌ها، حق هر گونه تصرف در آن را دارد. در بانکداری غیر اسلامی، بانک چنین استقلالی نداشته و باید سپرده‌های مشتریانش را صرفاً در امر قرض دادن به دیگرمشتریان، در ازای سود از قبل معین شده استفاده نماید). (قوامی، ۱۳۹۱: ۷۸).

د. اصل شرکت دادن مشتری در سود و زیان (مشتری چنان چه، با نیت اخذ سود، حساب افتتاح کرده، باید متوجه باشد که در نظام بانکداری اسلامی، برای سپرده اش که اکنون به مالکیت بانک درآمده، تضمینی در آینده وجود ندارد. میزان سود در اینجا از پیش تعیین شده نیست و این امکان وجود دارد که سرمایه سپرده‌گذار تماما به علت زیان در معاملات بانک از بین برود).

ه. اصل حقیقی بودن معاملات بانکداری اسلامی (این یعنی؛ هر نوع معامله غیر واقعی، مبهم و مجهول (غری) صوری بوده و رابطه بانک و مشتری در آن باطل است). " (عیوضلو، ۱۳۹۲: ۴۲).

و. اصل بهره جستن از عقود (ضرورت وجود رضایت طرفین): در قسمت دوم آیه ۲۹ سوره نساء، به تجارت‌های مجاز همراه با رضایت طرفین اشاره شده است. ربا در شمول اکل مال به باطل بوده و تجارت همراه با ربا، تجارت محسوب نمی‌شود، لیکن اگر قرار داد با رضایت کامل طرفین منعقد شود، صحیح بوده، مشروعیت دارد (اللسان، پیشین: ۸۵).

درخواست‌کنندگان تسهیلات از بانک‌های اسلامی را در یک تقسیم بندی عمومی، می‌توان در سه دسته بدین شرح جای داد:

دسته اول: خانوارها هستند؛ که در قالب دو زیر گروه، به خانواده‌های نیازمند (که تسهیلات را برای رفع مایحتاج ضروری زندگی می‌خواهند و قادر به پرداخت سود به بانک نمی‌باشند) و خانواده‌های متمول و یا متعارف (که تسهیلات بانک را برای خرید کالا و خدمات رفاهی می‌خواهند و قادرند، اصل و هم سود تسهیلات ماخوذه را به بانک بپردازند) قابل تقسیم‌اند.

دسته دوم: بنگاه‌های اقتصادی اند؛ که تسهیلات کوتاه و میان مدت بانک را برای فعالیت اقتصادی (خرید مواد اولیه، ابزار و ماشین آلات تولیدی، کالاهای سرمایه‌ای و یا برای خرید خدمات، تعمیرات و یا برای سرمایه در گردش) می‌خواهند و گاهی متقاضی اخذ تسهیلات بلند مدت از بانک برای سرمایه‌گذاری در طرح‌ها و پروژه‌های توسعه‌ای می‌شوند.

دسته سوم: دولت و مؤسسه های وابسته آن است که اینها نیز، متقاضی انواع تسهیلات بانکها برای رفع نیازهای کوتاه و میان مدت به منظور خرید کالاها و خدمات بوده و یا برای سرمایه گذاری در طرحهای عمرانی، به تأمین مالی بلندمدت نیازمند هستند.

مطالعه آموزه های اقتصادی اسلام نشان می دهد، دین اسلام در کنار تحریم ربا انواعی از ابزارهای مالی غیرانتفاعی و انتفاعی با کارکردهای گوناگون و متنوع را تأیید کرده که هیچ یک از نیازهای واقعی خانوارها و بنگاه های اقتصادی بی پاسخ نمی ماند. در کشورمان ایران نیز تجربه چهل سال بانکداری اسلامی به ما این امکان را می دهد تا کارآمدترین ابزارهای مالی را برای بانکهای اسلامی انتخاب کنیم. ابزارهایی که از یک سو بیشترین تأییدهای شرعی را از ناحیه مذاهب فقهی اسلامی و از سوی دیگر، از جهت فنی، بیشترین سازگاری را با ماهیت بانک و دیگر مؤسسه های اعتباری داشته باشند. می توان، با دسته بندی نیاز متقاضیان تسهیلات بانکی، عقدهای اسلامی را در بانکها بکار بست و مشروع ترین و در عین حال کارآترین مدل پرداخت تسهیلات را در صنعت بانکداری اسلامی طراحی کرده و ارائه نمود (موسویان، ۱۳۸۸: ۳۵).

۵- تخصیص منابع در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران

در ایران، قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ تصویب و به تأیید شورای نگهبان رسید و بر چند اصل تأکید داشت: اصولی چون: بکارگیری عقود اسلامی در عملیات بانکی؛ پرهیز از قراردادهای صوری و غیر واقعی؛ وکیل شدن بانک برای سپرده گذاران در فعالیت های اقتصادی؛ مصوب شدن برنامه ۵ ساله بانکها همزمان با تصویب برنامه های ۵ ساله کشور در مجلس شورای اسلامی و همسوئی سیاست های پولی، تسهیلاتی، نرخ تورم و رشد اقتصادی بانکها در تحقق اهداف اقتصادی و براساس مصالح عالیله نظام و جامعه.

با آغاز به کار عملیات بانکداری در بانکهای ایران بر مبنای بانکداری بدون ربا از سال ۱۳۶۳، تلاش شد؛ در فرآیند تجهیز منابع، کامل ترین روش های تأمین مالی و در بخش تخصیص منابع، با تاسی از قوانین بانکداری اسلامی، عقود قرض الحسنه و سرمایه گذاری مستقیم، عقود مبادله ای (اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی، جعاله، سلف و خرید دین) و عقود مشارکتی (مشارکت های مدنی و حقوقی، مزارعه، مضاربه و مساقات) مورد استفاده قرار گیرند. (بهمنی، ۱۳۸۴: ۱۲۱) بدین ترتیب، سپرده گذاران، با سرمایه های خرد و کلان خود، به بانکها و موسسات مالی، وکالت می دهند که با سرمایه ی ایشان کار کنند و ضمن بکارگیری سرمایه در امر تولید و اقتصاد، از سود حاصله

منتفع گردند و بانک‌ها نیز به عنوان وکیل، این مشارکت را انجام داده، با انعقاد عقود شرعی و متعاقباً کسب سود، آن را میان خود و صاحبان سپرده تقسیم می‌کنند.

۱-۵- عقود مشارکتی

عقود مشارکتی با ویژگی هائی چون: انتفاعی بودن، متغیر بودن نرخ سود، اذنی بودن قرارداد، نیاز به کنترل و نظارت داشتن و تقسیم سود و زیان به نسبت کار و سرمایه؛ در بانک‌های کشور، به صورت قراردادهائی متفاوت، با روش‌های گوناگون اجرا می‌شوند. این روش‌ها عبارتند از: عقد مشارکت مدنی - مشارکت حقوقی - مضاربه - مزارعه و مساقات، که دو عقد مزارعه و مساقات با توجه به مسائل و مشکلات خاص بخش کشاورزی و عدم تخصص و کارایی پرسنل بانک در این بخش عملاً کاربردی ندارد. (گلریز ۱۳۹۰: ۳ و ۱۰۸)

۱-۱-۱- مصادیق عقود مشارکتی در بانک‌های ایران

۱) **مشارکت مدنی:** مطابق این عقد و براساس عقد شرکت، بانک‌ها بخشی از سرمایه مورد نیاز بنگاه اقتصادی را تأمین کرده، در مالکیت بنگاه و به دنبال آن در سود بنگاه شریک می‌شوند.

۲) **مشارکت حقوقی:** بانک‌ها در این روش، قسمتی از منابع خود را به خرید بخشی از سهام شرکت‌های پذیرفته در بورس تخصیص داده، مثل دیگر سهامداران، در سود شرکت شریک می‌شوند.

۳) **مضاربه:** به موجب این عقد، فرد (مالک) مالی را در اختیار دیگر (عامل) قرار می‌دهد تا با آن مال تجارت کرده و سود حاصله را میان هر دو به نسبتی معین تقسیم کنند. (یزدی، ۱۳۸۷: ۴۵۹) در مضاربه، بانک سرمایه مورد احتیاج تاجر یا بنگاه تجاری را تأمین می‌کند و در سود فعالیت بازرگانی (طبق توافق) شریک می‌شود.

۲-۵- عقود مبادله‌ای

قراردادهای مبادله‌ای با ویژگی هائی چون: انتفاعی بودن، معین بودن سود، تملیکی بودن قرارداد و عدم نیاز به کنترل؛ در مقابل قراردادهای مشارکتی قرار می‌گیرند و در آن عوضین به ملکیت طرفین در می‌آید و رابطه بانک با تسهیلات گیرنده رابطه بستانکار و بدهکار است (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱/۱۹۰). قراردادهای مبادله‌ای امروزه بالغ بر ۸۰ درصد از تسهیلات اعطایی بانک‌ها را تشکیل داده‌اند (السان، بی تا: ۱/۱۲۶)

۱-۲-۵- مصادیق عقود مبادله‌ای در بانک‌های ایران

عقود مبادله‌ای در بانک‌های ایران، به صورت‌های بیع نسبه (اقساطی و دفعی)، بیع اجاره، سلف و جعاله به کار رفته اند. (بیع در لغت به معنای خریدوفروش. (عمید، ۲۹۸: ۱۳۸۵) و در اصطلاح به معنای تملیک مالی در برابر عوض معلوم است). (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴/ ۳۴۴)

۱) بیع فروش اقساطی یا نسبه: بانک در اینجا، کالای مورد احتیاج متقاضی را نقدا می‌خرد و سپس با محاسبه سود بانکی، به صورت نسبه (اقساطی) به متقاضی می‌فروشد. اطلاق عقد بیع مقتضی آن است که ثمن و مبیع، نقد باشند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/ ۹۸)

۲) بیع اجاره به شرط تملیک: عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود؛ اگر مستأجر به مفاد عقد عمل کند، موجر در خاتمه عقد اجاره، عین مستأجره را به ملکیت مستأجر درمی‌آورد. در این روش، بانک سرمایه ثابت و مستغلات مورد نیاز متقاضیان را به صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به صورت اجاره به شرط تملیک، ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا به متقاضیان واگذار می‌کند.

۳) بیع جعاله: بانک‌ها در این روش، خدمات مورد نیاز متقاضیان را به جعاله نقدی تملک، و در جعاله ثانوی به صورت اقساطی به متقاضی تملیک می‌کنند.

۴) بیع سلف یا سلم: در این روش، بانک‌ها برای تأمین نقدینگی و سرمایه در گردش مورد نیاز متقاضیان، قسمتی از محصول آینده متقاضی را پیش‌خرید کرده و با احتساب سود بانکی به فروشنده سلف وکالت می‌دهند؛ محصول را به قیمت معین فروخته و در سررسید، پول آن را به بانک تحویل دهند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/ ۲۶۷).

غیر از عقود مبادله‌ای و عقود مشارکتی، دو روش تأمین مالی دیگر یعنی قرض الحسنه و سرمایه‌گذاری مستقیم نیز در بانکداری استفاده می‌شود.

۳-۵- عقد قرض الحسنه

آیات قرآن و روایات معصومین (ع) مبین آنند که اسلام به قرض الحسنه توجه و اهمیت خاصی داشته و افراد را به انجام این عمل نیک تشویق می‌کند. چرا که اگر قرض الحسنه در جامعه وجود نداشته باشد، افراد روی به ربا می‌آورند و اقتصاد جامعه را بهم می‌ریزند. در روایات آمده است، فلسفه حرمت ربا، برچیده شدن سنت قرض الحسنه است. قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع إِنِّي رَأَيْتُ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ ذَكَرَ الرَّبَّاءَ فِي غَيْرِ آيَةٍ وَ كَرَّرَهُ فَقَالَ أَوْ تَدْرِي لِمَ ذَاكَ قُلْتُ لَأَقَالَ لِنَأَلَا يَمْتَنِعَ النَّاسُ مِنْ اصْطِنَاعِ الْمَعْرُوفِ. (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/ ۱۴۶) امام علیه السلام از سماعه پرسیدند: آیا علت آن را می‌دانی؟

سماعه عرض کرد: خیر. امام علیه السلام فرمودند: علّت آن، این است که مردم از کارهای شایسته [و قرض الحسنه] باز نمانند. یعنی وقتی رباخواری رواج یابد، سنت نیکوی وام و قرض الحسنه از بین می‌رود؛ و عواطف انسانی می‌میرد؛ و سودپرستی و افزون‌طلبی جایگزین آن می‌گردد. از این رو، رباخواری در دین اسلام ممنوع گشته است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۱/ ۱۵۷)

قرض در اصطلاح فقه شیعه عبارت است از گرفتن مالی که به عینه همان مال را رد کند، بدون زیادتی و نقصان پس بدهد. (امام خمینی، ۱۳۶۰: ۲/ ۶۳۵) قانون مدنی نیز به تبع از تعریف فقها از عقد قرض، در ماده‌ی ۶۴۸ مراتب این عقد را برشمرده است. فلسفه‌ی تشریح قرض این است غم و اندوه مستمندان و گرفتاران زدوده می‌شود و سوءاستفاده‌ی افراد سودجو نیز از بین می‌رود و ربا در جامعه کاهش می‌یابد و اسلام نیز به دنبال پیاده‌سازی این نوع قرض و وام است لذا حکومت‌های اسلامی نیز با ایجاد بانکداری اسلامی به دنبال برطرف کردن گرفتاری افراد است و از ترویج و رونق ربا و نزول جلوگیری می‌کند. قرض الحسنه قراردادی است که به موجب آن، بانک به عنوان قرض دهنده، طبق ضوابط مقرر، مبلغ معینی را به صورت قرض، به افراد یا به شرکت‌ها واگذار می‌کند و قرض گیرنده متعهد می‌شود؛ در زمانبندی مشخص شده، مبلغ دریافت داشته را به همان میزان، به بانک برگرداند. این روش پرداخت تسهیلات، با هدف کمک به نیازمندان، خیرخواهانه و غیر انتفاعی است و بانک بابت منابع قرض داده شده، هیچگونه سودی دریافت نمی‌کند. (سعادت، ۱۳۹۲: ۴۱)

رابطه حقوقی سپرده گذار با مؤسسه اعتباری در سپرده قرض الحسنه، وکالت برای اعطای قرض الحسنه است و مؤسسه اعتباری متعهد است معادل اصل سپرده جاری سپرده گذاران را عندالمطالبه، فوراً پرداخت کند. همچنین، منابع ناشی از سپرده‌های قرض الحسنه، جزء منابع مؤسسه اعتباری محسوب نمی‌شود و مؤسسه اعتباری موظف است کل منابع مزبور را پس از کسر ذخایر قانونی برای پرداخت تسهیلات قرض الحسنه به مصرف برساند.

۴-۵- سرمایه‌گذاری مستقیم

مطابق ماده ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون عملیات بانکداری بدون ربا، سرمایه‌گذاری مستقیم بانک‌ها عبارت از تأمین سرمایه لازم جهت اجرای طرح‌های تولیدی و عمرانی انتفاعی به وسیله بانک‌ها است. روش سرمایه‌گذاری مستقیم گرچه قرارداد به حساب نمی‌آید، لیکن از جهت اثر و نتیجه، مانند قراردادهای مشارکتی در آن انتظار انتفاع هست، نرخ سود آن متغیر بوده، سود، در پایان دوره مالی مشخص می‌شود. در سرمایه‌گذاری، معمولاً سود خاصی تضمین نمی‌شود و به همین دلیل بانک قاعداً نمی‌تواند در ازای سرمایه‌هایی که با این شیوه تخصیص یافته اند سود تضمین شده یا علی‌الحساب پرداخت کند، و سپرده‌گذار نیز اساساً نمی‌تواند بر اساس سود یا میزان آن توافق کند و به عبارتی، بانک نماینده سپرده‌گذاران در بازار تولید و صنعت است. (السان، پیشین: ۱۷۴)

۶- نقد فقهی و قانونی تخصیص منابع در بانک‌های ایران

۱-۶- نقد وارده بر تسهیلات مشارکت

اگر چه ممکن است که عقدهای مشارکتی و به ویژه قرارداد مشارکت مدنی، موضوع اولیه قرارداد بانکی با متقاضی باشد؛ لیکن بانک‌ها عموماً پیش‌بینی حداقل سود مورد انتظار را در زمان انعقاد قرارداد، بدون توجه به واقعیت‌های پیش آمده درباره موضوع مشارکت و میزان سود یا زیان محقق شده، تعیین، محاسبه و در تاریخ سررسید از مشتری مطالبه می‌کنند. این در حالی است که؛ مشارکت باید به صورت واقعی صورت پذیرد و هر دو طرف بانک و متقاضی در سود و زیان پروژه به نسبت سهم شرکت سهامی شده و سود شرکت پس از انجام کار و تحویل سود قابل تقسیم باشد. (توتونچیان، ۱۳۹۴: ۱۸۹/۳) "مشخص کردن سود، شکل دیگری از بهره است که قابل تطبیق با سود شرکت نیست، چرا که سود شرکت زمانی که کار انجام و سود تحویل شده، قابل تقسیم است و از این نظر در این سود، اشکال وجود دارد."

۲-۶- نقد وارده بر تسهیلات مضاربه

براساس آیین‌نامه اجرایی بانک‌ها، در مضاربه؛ بانک، پول را در مقابل خرید کالا در اختیار فروشنده قرار می‌دهد. اینجا نوع کالا در سند مشخص می‌شود و خریدار تحت عنوان مضاربه با بانک قرارداد منعقد می‌کند که به عنوان عامل فرضاً تا مدت شش ماه کالای مذکور را به فروش برساند و سود پیش‌بینی شده بین بانک و عامل طبق قرارداد تقسیم گردد. باید گفت: پیش‌بینی سود به عنوان ملاک و شاخصی برای محاسبات ابتدائی بانک ممکن است توجیه پذیر باشد، ولی به عنوان تعیین

تکلیف سود برای محاسبه نهایی با قانون مضاربه منطبق نیست و نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا سود مضاربه بعد از انجام طبق قرارداد طرفین محاسبه می‌شود. در حالی که عملاً بانک سود خود را محاسبه و دریافت می‌کند. از سوی دیگر، طبق ماده‌ی ۵۴۸ ق.م.سهم عامل و مالک در مضاربه، باید جزء مشاع مثل: خمس، ثلث یا ربع باشد و حصه، کاملاً مشخص و معین باشد. ولی چنین سهمی در فرآیند و عملیات بانکی بدون ربا مبهم است و اجباری نیز در آن دیده نمی‌شود." (دستورالعمل اجرائی مضاربه، شورای پول و اعتبار)

همچنین طبق مقررات بانکی، بانک موظف است به مراحل مختلف اجرای مضاربه نظارت کند. (دستورالعمل اجرائی مضاربه، ماده ۱۰، شورای پول و اعتبار، مصوب ۱۳۹۳/۳/۱۹) ولی در عمل، نظارتی وجود ندارد. از سوی دیگر، در فقه و قانون بانکداری تصریح شده، مضاربه اختصاص به کار تجارت دارد و جز در کار بازرگانی نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. ولی در مقام عمل بسیاری از مشتریان بانک تحت عنوان مضاربه پول را برای رفع نیازهای شخصی یا سرمایه‌گذاری‌های مختلف دریافت می‌کنند. در صورتی که چنین قراردادهایی به عنوان مضاربه باطل است و عقد شرعی صورت نگرفته و قرارداد شکل صوری و تصنعی دارد.

۳-۶- نقد وارده بر تسهیلات فروش اقساطی

مطابق قانون، روش فروش اقساطی، باید فقط برای تأمین منابع مالی مورد نیاز در امور تولیدی و خدماتی مورد استفاده قرار گیرند، نه در امور بازرگانی و مصارف شخصی. (موسویان، پیشین، ۱۳۸) قیمت کالا در این بیع (فروش اقساطی)، اگر بیشتر از مبلغ نقدی آن باشد از نظر شرعی اشکال ندارد و بر هر قیمتی که توافق و تراضی طرفینی بین خریدار و فروشنده باشد، صحیح است. از جمله مواردی که در این نوع معامله باید مورد توجه دقیق قرار گیرد این است که معامله باید به قصد انشاء باشد یعنی صوری نباشد تا اشکال شرعی پیدا نکند. متأسفانه گاه شاهد انجام معاملاتی از این قبیل آن هم به شکل صوری هستیم که هیچ تأثیری در حلال شدن معامله ندارد و افراد به شکل کاملاً ظاهری، و فقط به صورت زبانی، اظهار به معامله می‌کنند که اثری در اصل موضوع ندارد.

۴-۶- نقد وارده بر تسهیلات سلف

این قرارداد نیز مانند بسیاری از عقود که ذکر آن گذشت، اغلب صوری و ظاهری و خالی از

قصد جدی در معامله است بنابراین به صورت صحیح تحقیق پیدا نمی‌کند و قرارداد، از اساس باطل خواهد بود. چنان چه معامله سلف از روی قصد و جدی انجام شده و واقعی باشد، بانک باید نسبت به همه مراحل آن و همچنین بر فروش و مبلغ دریافتی وکیل ناظر باشد. در صورتی که می‌بینیم فی الحال، چنین نظارتی وجود ندارد و بانک جز اسناد و مدارک و محاسبات خود با چیز دیگری سرو کار ندارد.

۵-۶- نقد وارده بر تسهیلات جعاله

جعاله به عنوان یک قرارداد یا تعهد می‌تواند کاربرد وسیعی در تقسیم کار، توزیع درآمد و رفع مشکلات اجتماعی و اقتصادی داشته باشد، ولی به موازات سهولت در عمل و گستره استفاده از آن، از نظر امکان ظاهرسازی و تقلب و تصنع در آن فوق العاده آسیب پذیر است و متأسفانه در ساختار بانک‌ها امکان نظارت و کنترل دقیق بر این قرارداد مانند سایر قراردادها وجود ندارد. (محمدی گلپایگانی، پیشین: ۱۳۹)

۶-۶- نقد وارده بر تسهیلات اجاره به شرط تملیک

در اجرای این قرارداد چون نوعاً سر و کار با اسناد و مدارک اموال غیرمنقول است، امکان ظاهرسازی و تقلب کمتر است، مگر در مورد اموال منقول که باید نظارت و کنترل بیشتری صورت گیرد. بنابراین هرگاه این نوع قرارداد با قصد جدی طرفین و مراقبت و نظارت بانک انجام شود، خالی از اشکال خواهد بود، ولی احتمال صوری بودن قرارداد و ظاهرسازی به طور کلی منتفی نیست. (دستورالعمل اجرائی عقد اجاره، شورای پول و اعتبار)

۷-۶- نقد وارده بر تسهیلات قرض الحسنه

فقه، قرض الحسنه را نوعی قرض و وام دادن می‌داند که در آن سود و منفعت نبوده، فلسفه تشریح آن را در زدودن غم و اندوه مستمندان، رفع سوءاستفاده افراد سودجو و کاهش ربا در جامعه می‌داند. لیکن در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران، این عقد برای سپرده گذار تعبیر و تفسیر نشده و او معمولاً بدون قصد خیرخواهانه و به ندرت برای اخذ تسهیلات قرض الحسنه مبادرت به افتتاح حساب می‌کند. و البته نظارتی از سوی بانک مرکزی بر عدم انحراف تسهیلات قرض الحسنه صورت نمی‌پذیرد. (جمشیدی، ۱۳۹۳: ۴۷)

۶-۸- نقد وارده بر سرمایه‌گذاری مستقیم

بانک اینجا نماینده سپرده‌گذاران در بازار تولید و صنعت است. در این عقد، چون معمولاً سود خاصی تضمین نمی‌شود، بانک قاعدتاً نمی‌تواند در ازای سرمایه‌هایی که به این شیوه تخصیص یافته‌اند سود تضمین شده یا علی‌الحساب پرداخت کند، لذا کمتر از آن استقبال می‌شود. (السان، ۱۳۹۲: ۱۳۸)

۷- پیشنهاد تخصیص منابع، با اعمال عقود جدید در بانک‌ها

الف. عقد استصناع: (که در آن دارائی ناموجودی بر اساس سفارش خریدار نهائی ساخته و یا تولید شده و در تاریخ معینی در آینده با قیمتی از قبل تعیین شده به مشتری تحویل داده می‌شود. بدین معنی که؛ کسی از سازنده‌ای بخواهد مالی را براساس شرایطی که به او می‌گوید، با مواد اولیه در اختیار خودش، ساخته و قیمت آنرا دریافت کند، مثل سفارش ساخت در، پنجره)

ب. عقد مرابحه: برای رفع محدودیت‌های فقهی قراردادهای فروش اقساطی و جعاله و محدودیت‌های آئین نامه‌ها و دستورالعمل‌های آنها از سوی دیگر، این عقد توصیه شده است. اینجا موسسه ارائه دهنده خدمات مالی با سود و هزینه‌های توافقی، دارائی مشخصی را که مورد نیاز مشتری است برای مشتری خریده و آن را به صورت نقد یا اقساط به مشتری می‌فروشد و البته فروش واقعی دارائی، شرط لازم برای شرعی بودن مرابحه است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۳/۲۳) امروزه، شیوه‌های اجرای قرارداد مرابحه بانکی متفاوت است. لذا به جهت آن که از یکسو قرارداد مرابحه درست اجرا شود و از سوی دیگر بانک با ریسک و مخاطرات مواجه نشود؛ می‌توان از شیوه‌هایی چون: ۱. وکالت برای خرید با حق فسخ برای بانک (بانک به مشتری وکالت دهد تا وی کالا را برای بانک خریداری کند و در ضمن قرارداد برای بانک حق فسخ قرار دهد، سپس سراغ بانک بیاید تا بانک کالا را به مشتری بفروشد) و ۲. طراحی کارت اعتباری بر اساس قرارداد مرابحه بهره جست. می‌توان اذعان داشت که قرارداد مرابحه به جهت انتفاعی بودن قرارداد و گستردگی قلمرو آن، قابلیت‌های فراوان و انعطاف لازم برای طراحی مالی نظام بانکداری اسلامی را داراست.

ج. عقد خرید دین: به موجب این قرارداد، دین مدت دار فرد بدهکار (مالی که در ذمه شخص برای دیگری ثابت است)، به صورت نقدی و به کمتر از مبلغ اسمی آن، از او خریداری می‌شود. عقد خرید دین می‌تواند توسط فرد مدیون و یا توسط شخص ثالث صورت پذیرد. (ملا کریمی، ۱۳۹۰: ۱۳۳ و ۴۰)

۷-۱- نقد وارده بر عقود جدید:

- ✓ کماکان پدیده فاکتور صوری وجود دارد
- ✓ صرف امضای تعدادی فرم (بدون درک مشتریان و حتی مسئولین بانک از مفاد و ماهیت آن) این تسهیلات اعطا می‌شود، که این مسئله، صحت شرعی اجرای قراردادهای بانکی را به علت عدم اطلاع و قصد طرفین از مفاد قرارداد زیر سوال برده است.

۸- حيله ربا و نقد بکارگیری آن در عقود بانکی (برای فرار از حرمت ربا)

حیله برای فرار از حکم ربا از مباحث جدی و مهم میان فقیهان بوده است و فقهای بزرگی همچون: امام خمینی (ره)، سید مرتضی و محقق بهبهانی، حیل‌های ربا را حرام خوانده و شدیداً با آن مخالفت کرده‌اند. البته برخی از علما هم در مواردی حیل ربا را مجاز دانسته‌اند. برای حیل دو تعریف متصور است: این که حیل، تلاش برای قلب برخی احکام ثابت شرعی به احکام دیگر به واسطه فعلی است که ظاهراً صحیح ولی در باطن، لغو و باطل است. خواه این حکم، تکلیفی و یا وضعی باشد و دوم این که؛ حیل توسل به راه‌های مباح برای انجام فعل حرام یا اسقاط واجب یا ابطال حق و یا اثبات باطل است. در تعریف حیل ربا می‌خوانیم: حیل ربا انجام عملی برای خارج کردن مورد معامله از موضوع ربا است، تا بدین ترتیب، حکم حرمت ربا شامل آن نشود. فرضاً فردی که قصد دارد مبلغ یک میلیون تومان را با شرط صد هزار تومان زیاده به دیگری قرض دهد، به جای این روش قرض دادن، در کنار اعطای قرض بدون زیاده، کالایی را که به هزار تومان می‌ارزد را به صد هزار تومان می‌فروشد. (مصباحی مقدم، ۱۳۹۱: ۴۴) متأسفانه در سال‌های اخیر، بانک‌ها و موسسات مالی و هم تسهیلات گیرندگان به دنبال راهی برای توجیه و شرعی انگاشتن تسهیلات ربوی بانک بوده‌اند که این امر، به نوعی حیل ربا تلقی و با توجه به ادله‌های ذیل حرام می‌باشد: - مخالفت صریح معصومین (ع) با حیل ربا (با توجه به صراحت مخالفت ایشان در آیات و روایات)؛ - عدم وجود قصد جدی در انجام معامله (خلاف قاعده العقود تابعه للقصود) - عدم تفاوت عقلی و عرفی بین ربا و حیل‌های آن.

۹- عقد صلح و نقد بکارگیری آن در قراردادهای بانکی

در بانکداری اسلامی تعدادی از عقود را می‌توان استدلال نمود که خالی از اشکال نبوده‌اند؛ زیرا تاکنون در بعضی از عقود بانکداری اسلامی کار کارشناسی و حرفه‌ای جامعی صورت نپذیرفته و از مسیر اصلی خود خارج گردیده است. به نحوی که برخی سرمایه‌گذاران و متقاضیان، آن عقد را شبهه برانگیز و اشکال آفرین و شاید هم غیر شرعی می‌دانند و از طرفی هم تعداد زیادی از صاحب

نظران در این مطلب وحدت نظر دارند، که عقودی در بانکداری اسلامی وجود دارد، که به مبانی اصول بانکداری رایج پایبند نبوده است. در این راستا بانکداری اسلامی به منظور حفظ و صیانت از منافع خود (در بعضی از عقود تدوین شده) با مشتریان اعتباری عقد واسطی را به عنوان عقد خارج لازم در معامله وارد می‌نماید تا حق فسخ منطقی یا غیر منطقی از مشتری سلب شود. عقد واسط، عقد صلح می‌باشد که بین بانک و مشتری به اجبار (از طرف بانک) تدوین می‌شود. به تعبیری بانک هیچ تمایلی در مشارکت ریسک و زیان مشتری ندارد. در این رهیافت، بانکداران هنگام پرداخت تسهیلات، علاوه بر وجه وام، مبلغی جزئی در قالب انجام عمل صلح، به حساب متقاضی واریز می‌کنند تا مشتری نتواند به هر دلیلی قرارداد را فسخ کند. (واریز وجه بدون هیچ گونه توضیحی انجام می‌پذیرد). با واریز وجه تدوین عقد جدید یک طرفه سبب می‌گردد تا زیان حاصل از عملیات، از مسئولیت بانک ساقط گردیده و هیچ گونه تعهدی در خصوص ریسک نخواهد داشت. (زهتابیان، ۱۳۹۱: ۴۳)

۱-۹- نقد وارده بر عقد صلح

یقیناً تداوم این گونه عقود، با مبانی بانکداری اسلامی منافات داشته و بانکداری اسلامی همواره فرصت‌های پیش روی خود را برای رشد و نمو و اعتمادسازی مردم از دست خواهد داد. نظریه‌های متفاوتی توسط نظریه پردازان بانکی در این مورد ارائه شده؛ اما به دلیل جامع نبودن موضوع و نداشتن وحدت نظر، استدلال آنان مورد مقبولیت صاحب نظران و حتی وام گیرندگان قرار نگرفته است. شاید این گونه تصور شود که متخصصان و صاحب نظران بانکی، موضوع را بر اساس مبانی فکری و شرعی خود مورد تجزیه و تحلیل قرار داده اند و حضور حقوق دانان و فقها را در آن حوزه غیر ضروری تصور می‌کنند. انعطاف‌پذیر بودن عقود اسلامی در مقابل هر گونه پیچیدگی و بن بست بانکی، از مهم‌ترین ویژگی‌های بانکداری اسلامی در مقابل بانکداری غیر اسلامی است. بی‌تردید گروهی معتقد هستند که عقود اسلامی، به دلیل شرعی بودن، هیچ‌گونه انعطافی ندارد. بایستی اذعان داشت که این گونه موضوعات (عقود اسلامی)، جزئی از احکام اولیه دینی نمی‌باشند؛ چرا که احکام اولیه از نظر شارع مقدس غیر قابل تغییر است. اما "این گونه عقود، از احکام ثانویه محسوب می‌شوند. پذیرش و تداوم این گونه عملیات در بانکداری اسلامی، همواره سبب فاصله سرمایه‌گذاران با بانکداران می‌شود و منجر به تضعیف نظام بانکی و ایجاد حس بی‌اعتمادی بیشتر خواهد شد. از طرفی، عدم همسویی و تطابق موضوع با نظر اندیشمندان مذهبی، بر پیچیدگی بانکی

افزوده و منجر به فراهم ساختن زمینه نامساعد بانکداری اسلامی گردیده است. تلاش در آن جهت از اهم موضوعاتی است که صاحب نظران بانکی کشور بایستی بر آن دقت به خرج دهند.

۱۰. بررسی تطبیقی شفافیت عقود و قراردادهای نظام بانکی کشور با اهم قواعد فقهی در حوزه بازرگانی

الف. قاعده العقود تابعه للقصد (سپرده گذاران و تسهیلات گیرندگان بانکها، باید از مفاد عقدی که با بانک می‌بندد، آگاهی داشته باشد وگرنه امکان تصرف منابع او برای بانک و سود و مزایای بانک برای او اشکال دارد).

ج. قاعده نفی غرر (در بانکها، مواردی چون: پرداخت سودهای غیرمتعارف، انجام تبلیغات کاذب، سوء استفاده از جهل مردم، کتمان زیان دهی بانک برای سرمایه گذار، مبهم بودن نوع عقد و یا اقدام برخلاف عقدی که منعقد گردیده و... غرری محسوب و باطل است، نیز غرری بودن رفتار مقام پولی در سیاستگذاریها محکوم به فساد است).

د. قاعده نفی اتلاف (بانکها، اگر به هر دلیل، وجوه سپرده گذاران را در طرحهای کم بازده و یا زیان ده تخصیص داده؛ تلف کنند، نسبت به آنها ضامن اند).

ه. قاعده لزوم (اصاله اللزوم): (کاربرد اصل لزوم منحصر در عقود عهدی (نه اذنی) است، مانند بیع و اجاره (نظیر قراردادهای فروش اقساطی خرید اموال منقول و غیر منقول، قرارداد اجاره به شرط تملیک و... در نظام بانکی ج.ا.ا. (تسخیری، ۱۳۹۲: ۸۰) و عنوان می‌دارد: در هر عقدی، در صورت شک در اینکه عقد واقع شده، جایز است یا لازم، بنا را بر لزوم آن می‌گذارند. پس هرگاه عقد به طور صحیح واقع شود مقتضای قاعده لزوم بنابر لزوم آن است، مگر اینکه به دلیل خاص حق خیار ثابت گردد).

و. قاعده نفی اکل مال به باطل: (طبق این قاعده، استفاده‌های ناروا و تصرفات ظالمانه و غاصبانه در اموال و از بین بردن حقوق دیگران، حرکت‌های ناسالم اقتصادی و اجحاف‌ها و برخوردهای ظالمانه و دغل کارانه، مردود شمرده شده و از مصادیق اکل مال به باطل برشمرده شده‌اند. نیز معاملات ضرری و غرری، رشوه و ربا مصداق اکل مال به باطل و حرام است). (طباطبائی، ۱۳۸۳: ۷۸)

ز. قاعده شرط: (به موجب آیه شریفه "اوفوا بالعقود" (آیه ۵ از سوره مائده) وفا کردن به تمامی عقود (عهود)، در دستورات الهی قرار دارد. عهدی که معقول، معلوم و مقدر بوده، خلاف شرع و مخالف مقتضای عقد نباشند. به طور مثال؛ تقسیم سود قطعی بانک بین سپرده گذاران

(متناسب با منابعی که در اختیار بانک قرار داده اند) و نیز انجام صحیح قرعه کشی‌ها در رابطه با سپرده‌های قرض الحسنه پس انداز و غیره، در شمول قاعده شرط است).

ط. قاعده احترام: (به استناد این قاعده، اگر کسی بدون رضایت و اجازه مسلمان در مال وی تصرف کند متجاوز به مال نامیده می‌شود. در بانک‌ها باید؛ منافع و حقوق سپرده گذار رعایت و از هر گونه تصرف و تجاوز در آن (بدون اجازه و رضایت او) خودداری شده (مشایخی، ۱۳۸۳/۲)، نیز شان و منزلت افراد نه به واسطه پست و مقام و جایگاه و میزان دارائی و آورده منابع ایشان، بلکه به پاس انسان بودن و مسلمان بودنشان باید حفظ شود).

ی. قاعده نفی ربا: (سرمایه‌گذاری در بانک‌ها، خواه از سوی بخش خصوصی باشد یا عمومی، باید با قصد اجتناب از ربا و کسب سود مشروع انجام گیرد. بنابراین؛ سپرده‌گذار، بانک (به عنوان واسطه) و وام گیرنده، همگی تنها به نسبت سهم مادی و نقش اداری خود - در سود و زبانی که در نتیجه فعالیت اقتصادی به دست می‌آید - شریک می‌شوند و اگر سود دریافتی از بانک‌ها از محل اعطای تسهیلات شرعی و غیر ربوی باشد، سهم سود هر یک از بانک و سپرده‌گذاران مشروع و در غیر این صورت، ربوی محسوب می‌شود). (السان، ۱۳۹۲: ۸۰) طبق قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند مالک (در سپرده‌های دیداری و پس‌انداز) و یا وکیل (سپرده‌های سرمایه‌گذاری) سپرده‌گذاران باشند و سود عاید شده از محل پرداخت تسهیلات را، پس از کنار گذاشتن سهم خود (در جایگاه مالک یا به صورت حق الوکاله)، مابقی را در حساب صاحبان سپرده‌های سرمایه‌گذاری لحاظ کنند. اینجا اگر سود دریافتی بانک‌ها از محل اعطای تسهیلات شرعی و غیر ربوی باشد، سهم سود هر یک از بانک و سپرده‌گذار هم مشروع است و بالعکس. در حالت ربوی بودن سود، در واقع بانک به جای وکالت در دادن و گرفتن سود، در دادن و گرفتن ربا وکیل سپرده گذار شده است.

ک. قاعده استیمان: (در قراردادهای بانک، وکیل در عقد وکالت، مستودع در عقد ودیعه، مستعیر در عقد عاریه، مستأجر در عقد اجاره، مرتهن در عقد رهن، عامل در عقود مضاربه، مزارعه و مساقات، شریک در عقد شرکت و وصی در عقد وصایت، دارای ید امانی هستند و در صورت عدم تعدی و تفریط هیچگونه ضمانتی ندارند، مگر اینکه شرطی در ضمن قرارداد گنجانده شده که شریک و عامل با پذیرش آن متعهد و ضامن گردند). بعضی فقها برای قاعده استیمان به قاعده احسان تمسک کرده‌اند. با این بیان که امین همواره محسن است، یعنی به انگیزه خیر خواهی برای صاحب مال، آن را در دست دارد و بر شخص محسن نباید سخت‌گیری کرد، چرا که او ضمانی ندارد).

۱۱. دیدگاه‌ها و نظریات درباره‌ی شفافیت تطبیق قانون عملیات بانکی بدون ربا در ایران با قواعد فقه

الف. اتفاق نظر مخالفان و موافقان: قانون عملیات بانکداری بدون ربا، هیچ ایراد فقهی و شرعی ندارد. مشکل شرعی آن رفع شده است و مورد تایید مراجع تقلید است.

ب. اختلاف نظرها:

مدافعان: معتقدند؛ بانک‌ها به جای سپرده گذاران فعالیت اقتصادی و تجاری می‌کنند و موجب سودآوری و رونق اقتصاد می‌شوند. در این حالت هیچ گونه ربایی صورت نمی‌گیرد و جایی برای بهره وجود ندارد. مدافعان شفافیت عملکرد بانک‌های کشور در اعمال بانکداری بدون ربا بر این باورند که عملکرد بانک‌های کشور با قواعد فقهی در باب معاملات نیز منطبق و مطابق است (به شرح آنچه در قواعد فقهی ذکر شد. به عنوان مثال، پیرامون دلالت قاعده فقهی نفی اتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) (اردبیلی، بی تا، ۴۲۴/۶) در بانک‌های کشور، عنوان می‌شود: در رابطه بین بانک با سپرده گذاران در سپرده‌های مدت دار به دلیل آن که ماهیت عقد، وکالت است، بانک به عنوان وکیل، از منابع سپرده گذاران به بهترین نحو استفاده می‌نماید و وجوه جمع آوری شده را به بهترین طرح‌های پربازده موجود تخصیص می‌دهد و منابع ایشان را تلف نکرده، نسبت به آنها در رابطه با اصل منابعشان ضامن است). (شاهرودی، ۱۴۲۶: ۶۱۵/۲)

مخالفان: فرآیند عقود و قراردادهای بانکی، جز ظاهرسازی و فرار از قانون نیست و دلایلی چون: عدم اجرای صحیح عقود در نظام بانکی، عدم دانش و آگاهی نسبت به طرح‌های مشارکتی، عدم آشنائی سپرده گذاران به ماهیت عقود بانک و نبود قصد جدی در معاملات بانکی؛ نظام عملکردی بانک‌ها را با شبهه همراه و محکوم به ربوی بودن دانسته است.

(۱) سیستم و نظام بانکی فرآیند عقود و مشارکت‌ها را به خوبی اجرا نمی‌کند که شبهه‌ی وجود ربا را بارور می‌کند. دلیل عدم اجرای درست عقود و مشارکت توسط بانک‌ها، به عدم دانش و آگاهی نسبت به طرح‌های مشارکتی و عقود بر می‌گردد. (مجتهد، ۱۳۹۲: ۱۲)

(۲) سپرده گذران نیز به فرآیند بانکی و سیستم تسهیلات بانک‌ها آشنائی ندارند و این خود عذر بدتر از گناه است. فرضاً کسانی که برای گرفتن تسهیلات به بانک‌ها رجوع می‌کنند باید به متوجه تمامی فرآیندهای بانکی باشند و صرفاً هدفشان گرفتن تسهیلات نباشد و به فرآیند مشارکتی و عقود نیز آگاهی داشته باشند. وگرنه کارشان از اساس باطل است، چون قصد آنها مشخص نیست

و این از نظام بانکی ربوبی بدتر است زیرا وقتی علم و قصد در آن وجود ندارد، مالک پول نمی‌شود و دخل و تصرف او در پول نامشروع و تصرف او، تصرف مال غیر است. (رضوانی، ۱۳۹۲: ۷۸)

۱۲- مشکلات اعمال عقود در فرایند تخصیص منابع بانک‌های ایران

برخلاف حاکمیت قانون عملیات بانکی بدون ربا بر نظام بانکی ایران، در حال حاضر نظارت بانک مرکزی بر شبکه بانکی، محدود به نظارت‌های مرسوم بین‌المللی از قبیل نظارت تطبیقی و نظارت احتیاطی است. لیکن بانک مرکزی از حیث شرعی، نظارت نظام مندی بر بانک‌ها اعمال نمی‌کند و درجه تعهد بانک‌ها به عملیات بانکی بدون ربا، هم در قراردادهای و ضوابط حسابداری و هم در اجرا کاملاً مبهم و نامشخص است. در حالی که موضوع مطابقت با شرع در نظام بانکی کشور در مراحل اولیه چون: تدوین قوانین پولی و بانکی توسط مجلس شورای اسلامی، تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی توسط هیئت وزیران، تدوین بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها توسط بانک مرکزی، تدوین قراردادهای یا اساسنامه‌های نمونه توسط بانک مرکزی، تدوین بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های داخلی توسط بانک‌ها و بالاخره در اجرای قوانین و مقررات مصوب و ابلاغی توسط شبکه بانکی متصور است و در هر یک از این مراحل، ضروری است سازوکار نظارت شرعی شامل نهاد مسئول، ابزارهای نظارتی و رویه‌ها و استانداردهای نظارتی مشخص شود.

ذیلاً به پاره‌ای از مشکلات مطروحه در امر تخصیص منابع در نظام بانکداری ایران، از نگاه مردم، به عنوان استفاده‌کنندگان از تسهیلات بانک‌ها اشاره می‌شود:

- الف.** تعدد عقود بانکی و سردرگمی کارکنان و مشتریان بانک‌ها؛ **ب.** عدم اشراف مدیران، کارکنان، مشتریان بانک‌ها به مفاد قانون عملیات بانکداری بدون ربا و عقود اسلامی و متعاقباً تن دادن به معاملات صوری؛ **ج.** عدم تناسب برخی از عقود با ماهیت بانک‌ها؛ **د.** هزینه‌های سنگین اجرای صحیح برخی از عقود در بانک‌ها **ه.** متناسب نبودن برخی عقود با مقاصد متقاضیان؛ **و.** تعادل نداشتن نرخ سود سپرده و تسهیلات؛ **ز.** عدم نظارت بر تحمیل تسهیلات تکلیفی دولت به بانک‌ها، با توجه به پنهان کردن اقدامات غیر قانونی بانک‌ها در پشت دستورالعمل‌ها؛ **ح.** عدم توجه به مشارکت دادن سرمایه افراد در اقتصاد و تمرکز بر اقتصاد نفتی؛ **ط.** از بین رفتن اعتماد سرمایه‌گذار؛ **ی.** ثبات نداشتن سیاست‌های پولی و اعتباری؛ **ی.** اهداف انتفاعی بانک‌ها در سیاست‌گذاری‌های اعتباری سالیانه و در نظر نداشتن خواسته، نیاز و انتظار مردم در سیاست‌گذاری‌ها؛ **ک.** ضعف فنآوری اطلاعات در سیستم بانکی

نتیجه‌گیری

نظام بانکداری بدون ربا، ریشه در ایدئولوژی و ارزش‌های اقتصاد اسلامی دارد و تحقق آن مستلزم استقرار عدالت اقتصادی و اجتماعی و نیز توزیع عادلانه درآمد و ثروت در جامعه است. منظور از بانکداری اسلامی نوعی نظام بانکداری بر مبنای قوانین اسلامی و نظرات اقتصاددانان و کارشناسان علوم بانکی و علمای اسلام بوده، روش‌های تامین مالی در آن، مبتنی بر مشارکت است. در تحلیل و بررسی امر تخصیص منابع نظام بانکداری ایران با فقه و قوانین بانکداری موجود، عنوان شد؛ متأسفانه نظام بانکی کشور، نه تنها به سمت‌رهایی از حقیقت بهره‌پیش نرفته، بلکه با اتخاذ برخی روش‌ها و راه‌کارها، به سمت آن کشیده شده است. شاید بتوان اذعان داشت که در بحث مشروعیت سپرده‌پذیری و اعطای تسهیلات بر مبنای عقود و قراردادهای جاری بانک‌های کشور همچنان سه مشکل عمده به چشم می‌خورد:

اول: عدم پابندی بانک‌ها به لوازم و کالت و برخورد مالکانه با اموال و کالتی است.

نکته دوم: استفاده صوری از عقود مشارکتی در بانک‌ها و محتوای دایمی از آنهاست.

و نکته سوم: استفاده صوری از عقود مبادله‌ای در بانک‌های کشور و محتوای دایمی از آنها است.

اجرای صحیح عقود اسلامی در بانک‌ها نیازمند آن است که کارکنان بانک‌ها ماهیت عقود بانکی را درک کرده و بتوانند آن را با بیانی ساده به مخاطبین و مشتریان خود توضیح دهند. متأسفانه در حال حاضر در برخی موارد نه سپرده‌گذاران و نه وام‌گیرندگان و بعضاً حتی مسئولین بانک‌ها از رابطه حقوقی فرد با بانک در عقود مختلف درک صحیحی نداشته و عملیات سپرده‌پذیری و اعطای وام بانک‌ها، تنها محدود به امضای چند فرم و قرارداد گردیده است. این مسئله، صحت شرعی اجرای قراردادهای بانکی را زیر سؤال می‌برد؛ زیرا در قراردادهای شرعی دو طرف باید از مفاد قرارداد اطلاع کامل داشته و تطابق قصد طرفین برقرار باشد.

صنعت بانکداری مخصوصاً در جوامع اسلامی و از جمله در ج.ا.ا، اگر سیاست‌های خود را در جهت همسویی با اهداف نظام اقتصادی و بانکداری اسلامی هموار سازد و فرآیند تجهیز منابع و خصوصاً بکارگیری آن در امر تخصیص بهینه تسهیلات را به صورتی کاملاً شفاف و منطبق و مطابق با قوانین فقه و قواعد فقهی قرار دهد؛ موجب افزایش مسئولیت‌پذیری، بهبود عملکرد نهادهای مالی، آشتی بیشتر مردم - به عنوان صاحبان سرمایه‌های خرد و کلان - با بانک‌ها، مشارکت حداکثری ایشان در سرمایه‌گذاری و تعامل با بانک‌ها خواهد شد و از تمایل سرمایه‌های

نقدی به طرف بازارهای غیر رسمی، رانت جوئی در اقتصاد و یا خروج منابع از کشور تا حد زیادی خواهد کاست.

منابع

*قرآن کریم، ترجمه‌ی ناصر مکارم شیرازی.

۱. آمدی، عبدالواحد بن محمد، «غرر الحکم و درر الکلم»، ج ۱، قم: دار الکتب الاسلامی، چاپ: ۲، ۱۴۱۰ ه.ق
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۶
۳. السان، مصطفی، «حقوق بانکی»، ج ۱، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۴. به‌کیش، محمد مهدی، «اقتصاد چیست؟»، تهران: نشر نی، چاپ ششم، ۱۳۹۱.
۵. بهمنی، محمود و غفاری، مهدی، «اصول بانکداری»، تهران: مؤسسه عالی بانکداری، ش ۱۲۱، ۱۳۸۴ ش
۶. تسخیری، محمدعلی (۱۳۹۲). پنجاه درس در اقتصاد، چاپ سوم، انتشارات مشرق زمین، ص ۸۰.
۷. توتونچیان، ایرج، «پول و بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه داری»، ج ۳، تهران: توانگران، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۸. جمشیدی، سعید. (۱۳۹۳). بانکداری اسلامی، چاپ ششم، انتشارات شکوه اندیشه، ص ۴۷.
۹. خمینی، سید روح الله موسوی، «تحریر الوسیله»، ترجمه‌ی علی اسلامی، ج ۵، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۳۶۰ ه.ش.
۱۰. رضوانی، غلامرضا (۱۳۹۲)، مجموعه‌ی مقالات و سخنرانی‌های پنجمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران، بانک مرکزی
۱۱. زحیلی، وهبه، «الفقه الاسلامی و ادلته»، ج ۴، دمشق: دارالفکر، چاپ ۱، ۱۹۹۷.
۱۲. زهتاییان، حسین، «نقدی بر بانکداری اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)». تهران: انتشارات جنگل، ج ۱، ۱۳۹۱.
۱۳. سعادت، اسدالله (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی بانکداری متعارف با بانکداری اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.
۱۴. سلطانی، محمد، «حقوق بانکی»، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۱۵. شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۶ هـ ق، ج ۲
۱۶. عیوضلو، حسین. (۱۳۹۲). مبانی فقهی - اقتصادی بانکداری و تامین مالی اسلامی (مجموعه مقالات و سخنرانی‌ها)
۱۷. عمید، حسن، «فرهنگ فارسی عمید»، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵.
۱۸. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۳۸۳). تفسیر المیزان، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، دفتر انتشارات اسلامی، جلد چهارم
۱۹. طیبیان، محمد، «اقتصاد کلان»، تهران: مؤسسه عالی پژوهش در برنامه‌ریزی و توسعه، ۱۳۷۹ هـ ش.
۲۰. قوامی، حسن، «رویکردی نوین در بانکداری اسلامی: انطباق نظریه بازی‌ها در عقود مشارکتی»، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ ۱، ۱۳۹۱.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب، «الکافی»، ج ۵، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چهارم، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. گلریز، حسن، «فرهنگ توصیفی»، مرکز آموزش بانکداری، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۲۳. محمدی گلپایگانی، سیدمحمد، «مبانی فقهی نظام مشارکت در بانکداری بدون ربا»، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۲۴. مجتهد، احمد (۱۳۹۲)، قانون بانکداری نیاز به تجدید دارد، رسالت
۲۵. مشایخی، قدرت الله، «قاعده های فقهی»، تهران: سمت و دانشگاه الزهراء، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۲۶. مصباحی مقدم، غلامرضا، «موانع اجرای بانکداری بدون ربا»، پایگاه خبری فارس، ۱۳۹۱.
۲۷. مکارم شیرازی، ناصر، «القواعد الفقهیه»، ج ۱، قم: انتشارات صدر، چاپ ۱، ۱۳۸۲.
۲۸. ملاکریمی، فرشته، «بررسی فقهی عقود مرابحه، خرید دین و استصناع»، مجله تازه‌های اقتصاد، ش ۱۳۳، پائیز ۱۳۹۰.
۲۹. موسویان، سید عباس، مهندسی مالی عقود در بانکداری اسلامی، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال ۹، شماره ۳۵، پائیز ۱۳۸۸
۳۰. موسویان، سید عباس، «ارزیابی قراردادهای شبوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، مجله اقتصاد اسلامی، ش ۱۹، سال پنجم، ۱۳۹۲.
۳۱. نجفی، محمد حسن، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام»، ج ۷ و ۲۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق.
۳۲. نوری کرمانی، محمدمیر، «موضوع شناسی ربا»، قم: بوستان قم، ج ۱، ۱۳۶۱.

۳۳. یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۳۸۷ش، «العروه الوثقی»، ج ۲، قم: انتشارات دارالتفسیر، چ ۱، ۱۳۸۷.

۳۴. دستورالعمل اجرائی عقود مشارکتی و مبادله ای، شورای پول و اعتبار، مصوب ۱۳۹۳/۳/۱۹