

Analyzing the Law on Interest-free Banking Operations in the Banking System of Iran

Ali Basiri¹, Akbar Fallah^{2*}, Mohammadali Kheirollahi³

1. PhD Student, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.
2. Assistant Professor Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.
3. Assistant Professor Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 247-265

Article history:

Received: 1 Jun 2022

Edition: 16 Aug 2022

Accepted: 15 Sep 2021

Published online: 10 Jan 2023

Keywords:

Banking Operation Law, Deposit, Banking Facilities, Investment, Shariah Standards

Corresponding Author:

Akbar Fallah

Address:

Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Babol Branch, Islamic Azad University, Babol, Iran.

Orchid Code:

0000-0001-6248-0044

Tel:

01132415000

Email:

Fallah_kontrol@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Aim: The law on banking operations without usury was approved in September 1362 in order to adapt the operations of banks to Islamic standards, and it was implemented from the beginning of 1363. The aim is to investigate the impact of the law on usury-free banking operations in the Islamicization of the banking system and financial and credit institutions.

Materials and Methods: Data collection was done by carefully studying the law of interest-free banking operations and the circulars and executive instructions of banks and the bylaws of different chapters of this law in a descriptive and analytical method.

Ethical considerations: In this research, ethical principles such as referencing and quoting original sources were observed.

Findings: From the examination of the relationship between depositors and banks and between banks and investors, it is clear that the legislator is more interested in justifying the banks' practices than wanting monetary policies in accordance with Sharia standards.

Conclusion: When the relations between the bank, depositors and investors are not fully compatible with Islamic contracts, it is better to refer to Article 10 of the Civil Law, or in jurisprudential terms, regarding the diseases of the principle of freedom of contracts, which is rooted in customs, when there is corruption. Consider it valid.

Cite this article as:

Basiri A, Fallah A, Kheirollahi MA. Analyzing the Law on Interest-free Banking Operations in the Banking System of Iran. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022; 4(4):247-265.

فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۱

واکاوای قانون عملیات بانکی بدون ربا در نظام بانکی ایران

علی بصیری^۱، اکبر فلاح^{۲*}، محمدعلی خیرالهی^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران.

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران.

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ۱۳۶۲ به منظور انطباق عملیات بانکها بر موازین اسلامی مورد تصویب قرار گرفت و از آغاز سال ۱۳۶۳ به مرحله اجرا درآمد. هدف، بررسی تأثیر وضع قانون عملیات بانکی بدون ربا در اسلامی کردن نظام بانکی و موسسات مالی و اعتباری می باشد.

مواد و روش ها: گردآوری اطلاعات با مطالعه دقیق قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخشنامه ها و دستورالعمل های اجرایی بانکها و آئین نامه های فصول مختلف این قانون به روش توصیفی تحلیلی انجام شد.

ملاحظات اخلاقی: در تحقیق حاضر، اصول اخلاقی مانند ارجاع دهی و استناد به منابع اصلی رعایت گردید.

یافته ها: از بررسی رابطه ای که بین سپرده گذاران و بانکها و بین بانک و سرمایه گذاران بوجود می آید مشخص شد قانون گذار بیشتر درصدد توجیه رویه بانکها برآمده تا اینکه بخواهد سیاست های پولی مطابق با موازین شرعی را اعمال نماید. **نتیجه گیری:** وقتی روابط بین بانک، سپرده گذاران و سرمایه گذاران با عقود اسلامی بطور کامل منطبق نباشد، بهتر است باستناد ماده ده قانون مدنی و یا در اصطلاح فقهی از باب مراضات اصل آزادی قراردادها که ریشه در عرف دارد وقتی مفسده ای وجود ندارد آن را نافذ بدانیم.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۴۷-۲۶۵

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۱

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۰۵/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۱۰/۲۰

واژگان کلیدی:

قانون عملیات بانکی، سپرده گذاری، تسهیلات بانکی، سرمایه گذاری، موازین شرعی

نویسنده مسوول:

اکبر فلاح

آدرس پستی:

ایران، بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بابل، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

تلفن:

۰۱۱۳۲۴۱۵۰۰۰

کد اراکید:

0000-0001-6248-0044

پست الکترونیک:

Fallah_kontrol@yahoo.com

۱. مقدمه

انسان توانست با تأسیس بانک، راه حل مناسبی را برای مشکلات فراوان مالی، به خصوص حفظ، نگهداری، حمل و نقل پول و انجام مبادلات پولی پیدا کند. اگرچه بانک‌ها با پذیرش وجوه صاحبان سرمایه، مشکلات مذکور که موجب نگرانی و اضطراب صاحبان پول می‌شود را برطرف می‌سازند، ولی به این طریق صاحب منابع پولی شده و تجهیز می‌شوند. باید در نظر داشت با برقراری این ارتباط ضمن آنکه مشکل صاحبان سرمایه حل می‌گردد و بانک‌ها نیز تجهیز می‌شوند، در شکوفایی اقتصاد ملی کشور نیز نقش به‌سزایی دارند. چنان که شاهد هستیم، یکی از منابع مهم تجهیز بانک‌ها سپرده‌های اشخاص حقیقی و حقوقی می‌باشد که با عناوین مختلف، در نزد خود نگهداری می‌کند. بانک‌ها سپرده‌های همه اشخاص را در هم ممزوج نموده و در اختیار افراد سرمایه‌گذار قرار می‌دهند. در اصل، از یک طرف رابطه بین سپرده‌گذاران و بانک‌ها و از طرفی دیگر رابطه بین ا و سرمایه‌گذاران شکل می‌گیرد. بانک‌ها از طریق سپرده‌های اشخاص تجهیز، ولی در تخصیص منابع، با توجه به قوانین و دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های بانکی عمل کرده و به صورت یکی موسسه عظیم مالی، عملیات و فعالیت بانکی را بدون آنکه سپرده‌گذاران هیچ نقشی داشته باشند، مستقلاً انجام می‌دهند. با عنایت به مطالب فوق، عملیاتی را که بانک‌ها انجام می‌دهند، بر روی وجوهی است که اشخاص به عناوین مختلف از قبیل حساب جاری، سپرده

دیداری، سپرده موقت، پس‌انداز و... به بانک می‌سپارند سوابق تحقیق نشان می‌دهد که: عبدالرضایی (۱۳۹۳) در پایان‌نامه خود با عنوان: «ماهیت و احکام سپرده‌های بانکی از نظر فقهی و حقوقی» انواع فعالیت‌های اقتصادی و مالی و قوانین و مقررات و اصول مربوط به معاملات و فعالیت‌های اقتصادی در شریعت اسلام و ماهیت سپرده‌های بانکی در سیستم سنتی را بررسی کرده تا معلوم شود که بحث سپرده‌ها در این سیستم بر کدامیک از عقود شرعی منطبق می‌شود. اما تعیین حلال بودن تمامی این سپرده‌ها و متعاقباً سودهای دریافتی چه از جانب مردم در مقابل سرمایه‌گذاری و چه از جانب بانک در مقابل اعطای وام و تسهیلات به افراد امری ضروری و لازم است بنابراین دریافت سپرده و اعطای تسهیلات باید از دیدگاه شریعت مورد ارزیابی قرار گیرد و هم این موضوع از منظر امامیه مورد تأیید فقهاء و علمای دین قرار بگیرد. سامی (۱۳۷۴) در پایان‌نامه خود با عنوان: «بررسی نقش بهره در نظام بانکداری اسلام و سرمایه‌داری» سه موضوع را به شرح ذیل مورد بررسی قرار داده است: ۱- با حذف بهره کارایی نظام بانکی کاهش نمی‌یابد. ۲- حذف بهره مانع جذب سپرده‌ها نیست. ۳- حذف بهره، حداقل بازار پولی را کوچک می‌کند. و با در نظر گرفتن سه نوع جامعه ایده‌آل اسلامی، جامعه مورد قبول و معمولی اسلامی که نظام بانکی بدون ربا در آن وجود دارد و جامعه غیراسلامی را مقایسه و به این نتیجه رسیده که کارایی نظام بانکی اسلام به دلایل کاهش هزینه‌ها و عدم تورم ناشی از خلق پول، سهمیم شدن

علی‌رغم وجود اشکالات جدی، قانونگذار به آن توجه نکرده و درصدد اصلاح آن بر نیامده است.

۲. مواد و روش‌ها

گردآوری اطلاعات با مطالعه دقیق قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی بانک‌ها و آئین‌نامه‌های فصول مختلف این قانون به روش توصیفی-تحلیلی و تطبیقی انجام شد.

۳. ملاحظات اخلاقی

در تحقیق حاضر، اصول اخلاقی مانند ارجاع‌دهی و استناد به منابع اصلی رعایت گردید.

۴. یافته‌ها

قانون‌گذار با هدف اسلامی کردن نظام بانکی کشور در شهریور ۱۳۶۲ دست به وضع قانون عملیات بانکی بدون ربا زده است و از ابتدای سال ۱۳۶۳ این قانون در تمامی بانک‌های کشور به اجرا درآمد. با بررسی دقیق مفاد قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخشنامه‌ها و آئین‌نامه‌های مربوط و رابطه‌ای که بین سپرده‌گذاران و بانک‌ها و از طرفی بین بانک و سرمایه‌گذاران بوجود می‌آید مشخص می‌گردد که قانون‌گذار بیشتر درصدد توجیه رویه بانک‌ها که ریشه در عرف این حرفه دارد برآمده است تا اینکه بخواهد سیاست‌های پولی مطابق با موازین شرعی را اعمال نماید.

سپرده‌گذاران و ثبات نظام مالی، بیشتر می‌باشد. لذا با توجه به اینکه محور اصلی حذف بهره و رسیدن به جامعه ایده‌آل اسلامی است در رابطه با شیوه‌های اسلامی سپرده‌گذاری در بانک‌ها با امکان تقسیم سود غیر ربوی میان سرمایه‌گذاران بحثی به میان نیآورده است.

بذر افشان (۱۳۹۴) در پایان‌نامه خود با عنوان: «ربا در فقه اسلامی و حقوق موضوعه» به بررسی مسئله ارتباط ربا و نظام سرمایه‌داری و نظر علما در این رابطه پرداخته است و دست‌آورد اصلی آن بررسی مبحث ربا و عقود اسلامی و مطابقت آنها با واقعیت-های امروز جامعه می‌باشد و لیکن با وجود اینکه در رابطه با ربا اطلاعات جامعی بدست می‌دهد اما به وضوح به بررسی آن در امور بانکی نپرداخته است. ارتباطی که در این راستا بین سپرده‌گذاران و بانک-ها به وجود می‌آید، از نظر شرعی چه عنوانی دارد؟ اقدام قانونگذار در تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا که به منظور اسلامی کردن بانک‌ها دست به وضع این قانون زده و با کمک الفاظ و صرفاً به لحاظ وجود برخی تشابهات بین عملکرد بانک با عقود اسلامی، عناوین این عقود را بر سپرده‌های مردم نهاده است، نقد جدی وارد است. بدلیل آنکه، این نامگذاری باید به طور کامل تمامی اوصاف و شرایط عقود اسلامی مورد نظر را تحقق بخشد و این اقدام نه تنها کمکی در جهت اسلامی کردن نظام بانکی کشور نکرده است، بلکه ابهامات بسیاری را به همراه داشته است. زیرا پس از گذشت قریب چهل سال از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا،

۵. بحث

۵-۱. قانون عملیات بانکی بدون ربا

این قانون در پنج فصل (فصل اول: اهداف و وظایف نظام بانکی در جمهوری اسلامی ایران، فصل دوم: تجهیز منابع پولی، فصل سوم: تسهیلات اعطایی بانکی، فصل چهارم: بانک مرکزی ایران و سیاست پولی و فصل پنجم: متفرقه) تنظیم و در شهریور ۱۳۶۲ به تصویب رسید و متعاقب آن آئین‌نامه‌های مربوط به هر فصل از تصویب هیات وزیران گذشت و از آغاز سال ۱۳۶۳ به اجرا درآمد. در ماده یک از فصل اول این قانون، نخستین هدف نظام بانکی اینگونه معرفی می‌شود: "۱- استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت رشد و اقتصاد کشور" (قانون عملیات بانکی بدون ربا، ۱۳۶۲، ۱).

۵-۲. انواع سپرده‌گذاری در نظام بانکداری

ایران

سپرده قرض‌الحسنه که صاحب آن به قصد تعاون عمومی، کمک به نیازمندان و برخورداری از پاداش و اجر معنوی نزد بانک افتتاح و وجوه خود را به عنوان قرض‌الحسنه در آن متمرکز می‌نماید (دستورالعمل اجرایی حساب قرض‌الحسنه پس‌انداز ۱۳۹۶، ۵). در این نوع از سپرده‌گذاری، سود یا منفعتی به سپرده‌گذاران تعلق نمی‌گیرد و بانک خود را امین سپرده‌گذاران می‌داند و پرداخت اصل سپرده با درخواست سپرده‌گذار تضمین می‌کند.

سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار آن دسته از وجوهی هستند که بر اساس قرارداد فی‌مابین بانک و مشتری برای مدت معینی نزد بانک تودیع می‌شوند، چنانچه مدت قرارداد تعیین نشده و حساب به‌صورت سیال (دارای امکان واریز و برداشت) باشد سپرده سرمایه‌گذاری، اصطلاحاً کوتاه‌مدت نامیده می‌شود و چنانچه مدت قرارداد تعیین شده و حساب به صورت ثابت (بدون امکان واریز و برداشت) باشد اگرچه مدت آن سه ماه تا یکسال باشد سپرده سرمایه‌گذاری، بلندمدت خوانده می‌شود. سپرده‌گذاران این وجوه را به قصد انتفاع به بانک می‌سپارند و بانک نیز خود را وکیل و یا وصی سپرده‌گذاران می‌داند تا منابع مربوط (سپرده‌ها) را در عملیات بانکی به‌طور مشاع به کارگرفته و منافع حاصله را به تناسب مبلغ و مدت به کارگرفته شده بین خود و سپرده‌گذاران تفسیم می‌نماید (بخشنامه ۳۳ ب سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار، ۱۳۹۴، ۴).

۵-۳. انواع تسهیلات اعطایی بانک‌ها

"در قانون عملیات بانکی بدون ربا، اعطای تسهیلات اعتباری با استفاده از ابزارهای معاملاتی تحت عناوین متفاوت اسلامی صورت می‌گیرد که با عنایت به ماهیت و اقتضای هر یک از معاملات در اعطای تسهیلات اعتباری امکان استفاده از یک یا تعدادی از ابزارهای معاملاتی وجود دارد و به همین علت ضروری است که کاربرد هر یک از معاملات مبتنی بر قانون عملیات بانکی را دقیقاً شناخته و متناسب با مورد معامله مورد نظر، در

۴-۵. ویژگی‌های بانکداری اسلامی

۴-۵-۱. رعایت عدالت

اولین و مهم‌ترین ویژگی بانکداری اسلامی که روح و ماهیت اسلامی را در آن متجلی می‌سازد و نقطه‌ی افتراق قابل توجهی بین این نوع از بانکداری با بانکداری متعارف شکل می‌دهد، موضوع اصل عدالت در نظام اقتصادی اسلامی به‌طور عام و در بانکداری و مالی اسلامی به‌طور خاص می‌باشد.

به عبارت دیگر در نظام مالی اسلام، لازم است تمامی روابط و مناسبات در چارچوبی عادلانه تدوین گردند و هرگونه رابطه‌ای را که با معیارهای عدالت ناسازگاری قطعی داشته باشد، یا نامشروع می‌باشد و یا اینکه حداقل نباید از این رابطه استفاده نمود (هرچند به ظاهر و با در نظر گرفتن صرف ملاک‌های فقهی، بدون اشکال به نظر برسد). بنابراین لازم است در هر نوع ایده‌پردازی، نظریه‌پردازی، طراحی ابزار و مدل‌سازی در بانکداری و مالی اسلامی، بیش و پیش از هر موضوع دیگری به مسئله عدالت توجه شود (موسویان و میسمی، ۱۳۹۳، ۲۶).

عدالت در معنای لغوی: مساوات، انصاف، سهم، تقسیم مساوی به قسط، میانه‌روی، امری بین افراط و تفریط، امری در مقابل ظلم و جور، تناسب و استقامت.

اما در اصطلاح: می‌توان برای عدالت دو معنای اصطلاحی کلی در نظر گرفت. معنای اول، برابری، مساوات، انصاف و بی‌طرفی و معنای دوم، توازن، اعتدال، تناسب، حد وسط و مطابقت با نظم (عیوضلو، ۱۳۸۴، ۶۵). با توجه به معانی یاد شده،

اعطای تسهیلات اعتباری و مصرف منابع از مناسب‌ترین ابزار مربوط استفاده به عمل آید. گاهی اعطای تسهیلات اعتباری با استفاده از ابزارهای معاملاتی متعدد امکان‌پذیر می‌باشد، در این صورت این وظیفه مسئولین معاملاتی واحدها است که در هنگام تصمیم‌گیری با بهره‌گیری از تجربیات گذشته و رعایت مصالح بانک و مشتری بهترین شیوه را انتخاب کنند (دستورالعمل اجرایی معاملات و تسهیلات اعتباری، ۱۳۹۶، ۵۴).

برخی از انواع معاملات اسلامی که بانک در جدول "کاربرد ابزارهای تسهیلات اعتباری و معاملات مبتنی بر قانون عملیات بانکی بدون ربا در فعالیت‌های مختلف اقتصادی" خود بیان نموده است عبارتند از: مضاربه، اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله، قرض‌الحسنه، مزارعه، مساقات و مرابحه.

شیوه‌های اعطای تسهیلات بانکی موجود در قانون بانکداری بدون ربا، در جمهوری اسلامی ایران (قراردادهای بانکی) را با توجه به ماهیتشان، در یک تقسیم‌بندی کلی به چهار گروه می‌توان تقسیم کرد (بانک مرکزی جمهوری اسلامی، سلسله مقالات، ۱۹۳):

- قراردادهای مشارکتی؛
- قراردادهای با بازدهی ثابت؛
- قراردادهای با بازدهی متغیر؛
- قرض‌الحسنه.

این فعالیت به لحاظ شرعی مورد تأیید نیست (موسویان و میسمی، ۱۳۹۳، ۳۰).

۵-۴-۳. پرهیز از ربا

بدون شک به لحاظ کاربردی مهم‌ترین مسئله‌ای که بانکداری متعارف را از دیدگاه اسلامی به چالش کشیده و ضرورت طرح ایده بانکداری اسلامی را مطرح می‌نماید، مقوله حرمت ربا می‌باشد. در واقع در شرایطی که در اقتصادهای متعارف، بهره بانکی (که نوعی خاص از رباست)، تار و پود فعالیت‌های اقتصادی را با خود درگیر نموده است. شریعت مقدس اسلام، با شدت هرچه تمام‌تر با آن مقابله نموده، آن را از گناهان کبیره برشمرده و مرتکب شونده این گناه را نه تنها به عذاب اخروی بلکه به عذاب دنیوی نیز وعده داده است (موسویان، ۱۳۸۶، ۱۳۳). در بانکداری بدون ربا بانک درواقع مؤسسه‌ای معرفی شده است که گاهی از اوقات مانند یک شرکت سرمایه‌گذاری به صورت واقعی به سرمایه‌گذاری در امور مختلف می‌پردازد همچنین در برخی از وظایف خود همچون مؤسسات خیریه عمل نموده و با استفاده از قرض‌الحسنه به حمایت از فقرا و محرومین می‌پردازد و گاهی اوقات نیز مانند یک مؤسسه بخت‌آزمایی عمل نموده و جوایزی را از طریق قرعه‌کشی بین حساب‌های قرض‌الحسنه و برای تشویق سپرده‌گذاران به آن‌ها اهدا می‌کند همچنین یکی از وظایف بانک خرید و فروش اوراق سهام و تنزیل اسناد بدهی و مبادلات مالی می‌باشد که از این نظر مانند یک شرکت سرمایه‌گذاری عمل می‌کند و این در حالی است که

می‌توان عدالت را در یک جمله چنین تعریف کرد: «وجود امکانات مساوی برای همه، نیل به استحقاق‌ها و قرار گرفتن هر چیز در جایگاه شایسته و مناسب آن» (عیوضلو، ۱۳۸۴، ۶۶). شهید مطهری در این خصوص می‌فرماید: «اصل عدالت، از مقیاس‌های اسلام است که باید دید چه چیزی بر آن منطبق می‌شود. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات و نه این است که آنچه دین گفت عدالت است، بلکه آنچه عدل است را دین می‌گوید» (مطهری، ۱۳۸۱، ۱۴).

۵-۴-۲. انطباق با موازین فقهی

مهم‌ترین مسئله‌ای که به لحاظ کاربردی اهمیت بسیار بالا و قابل توجهی در بانکداری و مالی اسلامی دارد این است که لازم است در بانکداری و مالی اسلامی، هر نوع رابطه‌ای که بین ذی‌نفعان برقرار می‌گردد، به لحاظ فقه اسلامی بدون اشکال باشد.

بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که شارع مقدس اسلام در برخورد با معاملات، رویکرد امضایی اتخاذ نموده است. بدین معنی که هر معامله‌ای را که از دیدگاه عرف و عقلاً معامله نامیده شود، مورد تأیید قرار می‌دهد، البته این تأیید مطلق نبوده بلکه لازم است اصول و ضوابطی در نظر گرفته شوند. تمامی این اصول را می‌توان در دو دسته «ضوابط فقهی عمومی» و «ضوابط فقهی اختصاصی» تقسیم‌بندی نمود که هر دو دسته از ضوابط، از ویژگی‌هایی به حساب می‌آیند که لازم است در عملیات بانکداری اسلامی وجود داشته باشند و در غیر این صورت،

در اقتصاد سرمایه‌داری بانک صرفاً یک مؤسسه‌ای انتفاعی می‌باشد که اصلی‌ترین وظیفه او کسب سود و جذب سپرده سپرده‌گذاران و خلق پول از طریق وام‌دهی به متقاضیان می‌باشد یعنی یک بانک در اقتصاد سرمایه‌داری تنها هدف خود را جذب وجوه مازاد در دست مردم و وام دادن به افراد برای کسب سود تعریف کرده است.

از نظر اقتصاد سرمایه‌داری این که دریافت‌کننده وام آن را در چه راهی و چگونه مصرف کند اهمیت ندارد بلکه مهم‌ترین مسئله این است که بتواند برای بانک سود مناسبی را ایجاد کند همچنین بانک صرفاً تا مرحله دادن وام با وام‌گیرنده در ارتباط است و مهم‌ترین هدف خود را جذب سرمایه‌های سرگردان و بلا استفاده در دست مردم و سپرده‌گذاران قرارداد است درواقع بانک علاقه‌ای ندارد درخصوص موارد مصرف وام پرداختی به مشتری دخالت نماید درحالی که در بانکداری بدون ربا بانک نقش نظارتی داشته و باید بر تمام مراحل استفاده وجوه پرداختی به وام‌گیرنده نظارت داشته باشد.

در بانکداری بدون ربا سپرده‌ها به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند:

- الف- سپرده‌های دیداری یا سپرده‌های قرض‌الحسنه که صاحب سپرده مالکیت وجه خود را به بانک واگذار می‌نماید مشروط بر آنکه بتواند اصل سپرده را به صورت عندالمطالبه دریافت نماید.
- ب- سپرده‌های سرمایه‌گذاری که در این نوع سپرده مالکیت بانک منتقل نمی‌شود بلکه بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذار در فعالیت‌های اقتصادی

و انتفاعی شرکت نموده و پس از کسر حق الوکاله خود سود اقتصادی حاصل از سرمایه‌گذاری را به سپرده‌گذار منتقل می‌کند.

در بانکداری بدون ربا بانک به جای اینکه در نقش واسطه ظاهر شود، در برخی از موارد اقدام به سرمایه‌گذاری مستقیم نموده و در برخی از موارد به صورت مشارکت حقوقی، مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه و مساقات به صورت شریک وارد فعالیت اقتصادی شده و در برخی موارد با انعقاد قرار داد فروش اقساطی، سلف، اجاره به شرط تملیک و جعاله وارد یک معامله‌ی حقیقی و نه در بخش پولی، بلکه در بخش واقعی اقتصاد می‌گردد. در حالی که در بانکداری متعارف، به دلیل اهمیت وام و نقش برجسته‌ی آن، در تعریف بانک به معنی اعم و یا بانک‌های تجاری و بازرگانی به معنی اخص، همواره واژه‌های وام و وام‌سازی به عنوان اجزای تفکیک‌ناپذیر تعریف، دیده می‌شوند بنابراین علیرغم تشابه اسمی سپرده در دو نظام ربوی و غیر ربوی، یک تفاوت ماهوی بین این دو وجود دارد و آن هم ناشی از همین نکته است. سپرده در سیستم ربوی نوعی وام مشتری به بانک است، با بهره‌ای از پیش تعیین شده، ولی سپرده در سیستم غیر ربوی نوعی به کارگیری وجوه مشتری از طریق شراکت، وکالت و امانت و بدون هیچ گونه بهره یا سود از پیش تعیین شده می‌باشد.

در بانکداری سرمایه‌داری وام مهم‌ترین بخش این نوع بانکداری محسوب شده و بنابراین در تعریف واژه بانک به معنای اعم و یا بانک‌های تجاری و بازرگانی به معنای اخص همواره از وام و وام‌سازی

با قوانین بانکداری سرمایه‌داری و متعارف در کل دنیا دارد و نظارت بر آن برای بانک امکان‌پذیر می‌باشد.

۵-۵. عملیات اجرایی بانک‌ها

بانک‌ها اگرچه در ابتدای شکل‌گیری و فعالیت، مؤسسات خصوصی محسوب می‌شدند که شاید دولت نظارتی نیز بر نحوه‌ی عمل آن‌ها نداشت ولی به مرور به خاطر نقشی که در نظام اقتصاد ملی به عهده گرفتند یا به کلی در اختیار دولت‌ها قرار گرفتند و یا تحت نظارت دقیق، مستمر و یا حتی کنترل‌کننده دولت‌ها درآمدند (موسویان و میسمی، ۱۳۹۳، ۱۱).

با توجه به نقش و جایگاه بانک چه در شکوفایی اقتصاد ملی کشور و چه در ارائه خدمات به صاحبان سپرده‌ها و پذیرش این واقعیت که بانک پدیده‌ای است برای پاسخ به نیازمندی‌های جدید جامعه، نمی‌توان ضرورت وجود چنین پدیده‌ای را انکار کرد. قانون‌گذار ایرانی برای تحقق اصول قانون اساسی و دستیابی به اهداف اقتصادی نظام جمهوری اسلامی، پس از انقلاب، در ابتدا قانون ملی شدن بانک‌ها را در هفدهم خرداد ماه ۱۳۵۸ به تصویب رساند و کلیه بانک‌ها را ملی اعلام کرد. و سپس قانون عملیات بانکی بدون ربا را در هجدهم شهریور ماه ۱۳۶۲ تصویب کرد. در فصل دوم این قانون که به تجهیز منابع پولی بانک‌ها اختصاص دارد، به منظور سامان دادن به روابط بانک‌ها و سپرده‌گذاران و توجیه عمل بانک‌ها در تخصیص بهره، از دو قالبی که نشأت گرفته از قواعد و قوانین

به‌عنوان اجزای تفکیک‌ناپذیر تعریف یاد می‌شود با توجه به این مطلب علی‌رغم این که سپرده در دو نظام بانکداری ربوی و بانکداری بدون ربا از تشابه اسمی برخوردار است اما به لحاظ ماهوی تفاوت اساسی بین سپرده در هر یک از این دو نظام وجود دارد و آن‌هم ناشی از همین نکته درخصوص وام می‌باشد در سیستم ربوی درواقع سپرده نوع وام است که مشتری به بانک می‌دهد و بهره آن از پیش تعیین شده است اما در سیستم بانکداری بدون ربا سپرده درواقع به کارگیری وجوه مازاد مشتریان از طریق شراکت وکالت و امانت و بدون هیچ‌گونه بهره یا سود ازپیش تعیین شده می‌باشد

به عبارت دیگر وظایف و کارکردی که برای بانک غیرربوی در قانون بانکداری بدون ربا تعریف شده است در چارچوب بانک با مفهوم متعارف و جهانی آن قرار نمی‌گیرد. پرواضح است که بانک‌هایی که در چارچوب بانکداری بدون ربا کار می‌کنند با امکانات محدود خود در دنیای واقعی درواقع امکان این که به همه بخش‌های اقتصادی رسیدگی نموده و در همه بخش‌های اقتصادی کارشناس متخصص و متعهد داشته باشند را ندارند و این معضل بزرگ بانکداری بدون رباست که باعث شده است قراردادهای در این نوع بانکداری حالت صوری به خود گرفته و باعث عدم تحقق تعهدات و شرایط مذکور در هر یک از عقود به وسیله بانک و مشتری باشد این که بانک‌ها بیشتر تمایل دارند از عقود مانند فروش اقساطی استفاده کنند احتمالاً به این دلیل است که اولاً تشریفات کمتری دارد و ثانیاً بیشترین مشابهت را

اسلامی است و مأنوس ذهن فقها و حقوقدانان اسلامی می‌باشد نام برده است:

۱- به سپرده‌هایی که به آن‌ها بهره‌ای تعلق نمی‌گیرد یعنی سپرده‌های جاری و پس‌انداز را (سپرده‌های قرض‌الحسنه جاری و پس‌انداز) نام گذاشت و آن را تابع قواعد و احکام و آثار عقد قرض دانست و اعلام داشت وجوهی که اشخاص در چارچوب دو حساب مذکور به بانک می‌سپارند، جزء منایع بانکی محسوب است و همچنین به این گونه سپرده‌ها جزء هدایایی که در فرض برنده شدن در قرعه‌کشی اعطاء می‌شود، سودی تعلق نمی‌گیرد.

۲- در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار اعم از کوتاه‌مدت و بلندمدت، بانک‌ها را به‌عنوان وکیل سپرده‌گذاران می‌داند.

بنابراین بانک‌ها به وکالت از سوی سپرده‌گذاران، سپرده‌ها را در قالب عقود که قانون‌گذار در همین مقررات مشخص کرده است به کار می‌اندازند و منابع حاصل از عملیاتی که بانک‌ها در قالب این عقود انجام می‌دهند بر اساس قرارداد منعقد، متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری و رعایت سهم منافع بانک بین سپرده‌گذاران تقسیم می‌شود.

در سپرده‌گذاری بانکی با بعضی از عقود اسلامی وجود برخی از وجوه اشتراک قرارداد سپرده‌گذاری با برخی عقود نباید موجب شود که از اوصاف خاص آن عقود غافل شد، مثلاً در سپرده‌گذاری مدت‌دار ممکن است به نظر برسد سپرده‌گذار به‌عنوان مضارب پول خود را در اختیار بانک قرار می‌دهد و بانک در مقام عامل وجوه سپرده را به کار انداخته

سود حاصله را بر اساس قرارداد تقسیم می‌کند. ولی دقت بیشتر موجب می‌شود در صحت حکمی که کرده‌ایم دچار تردید شویم. زیرا بانک‌ها اولاً بازگشت سرمایه را تضمین می‌کنند، ثانیاً متعهد به پرداخت سود حداقلی به‌عنوان علی‌الحساب می‌شوند. ثالثاً سپرده‌گذار را در سود حاصله شریک نمی‌دانند.

بنابراین سه وصف اصلی مضارب یعنی توجه ضرر احتمالی در سرمایه، تعهد عامل در تحقق سود که در مضارب از نوع تعهد به وسیله است نه نتیجه، و تعیین و تسهیم سود حاصله، در قراردادهای جاری بانک با سپرده‌گذاران سپرده‌های مدت‌دار جایی ندارد.

وجوه سپرده را از منابع بانکی قلمداد می‌کنند یعنی تأکید دارند با تحویل پول به بانک، ملکیت بانک بر این پول‌های سپرده مستقر می‌شود در عین حال ورود هرگونه ضرر را حتی در فرض وقوع زیان در عملیاتی که منابع مالی آن از محل سپرده‌ها تأمین شده باشد را خود تکمیل کنند در چنین فرضی چگونه می‌توان رابطه طرفین (سپرده‌گذار و بانک) را در قالب عقد وکالت توجیه کرد؟

وقتی که تملیکی بودن از اوصاف اصلی سپرده‌گذاری بانکی است و این وصف برخلاف مقتضی ذات عقد ودیعه، یعنی استنباه در حفظ است آیا صرف تضمین بانک در ایفای تعهد و اطمینان خاطری که سپرده‌گذاران بدین جهت به استرداد مثل یا معادل سپرده خود دارند دلیل کافی برای عقد ودیعه دانستن این قرارداد است؟ وقتی ذات عقد منقلب شود بحث راجع به عرض موردی

ندارد (وقتی ذات عقد ودیعه که استنابه در حفظ می‌باشد با تملیک بانک در آمدن سپرده، رعایت نگردد دیگر جایی برای بحث استرداد مثل یا معادل سپرده باقی نمی‌ماند چرا که زمانی ودیعه معنی پیدا می‌کند که عین سپرده در نزد ودیعه‌پذیر حفظ گردد).

یا در مورد قرض، مرز آشکار بین موردی که شخص در هنگام قرض دادن وجه و یا قرض گرفتن آن قصد می‌کند و موردی که شخص پول خود را به بانک می‌سپارد وجود دارد.

با بررسی نظام بانکی کشور در چهار دهه اخیر به خوبی نشان می‌دهد که نظارت بر اجرای بانکداری بدون ربا از وضع مطلوبی برخوردار نبوده است و علی‌رغم تمام پیشرفت‌های به دست آمده، همچنان چالش‌های زیادی وجود دارد.

اهمیت این موضوع زمانی بهتر درک می‌گردد که توجه شود گرچه جمهوری اسلامی ایران از جمله معدود کشورهایی است که در آن قانون عملیات بانکی بدون ربا (زودتر از خیلی کشورها) به تصویب رسیده و بر خلاف بسیاری از کشورها، نظام بانکداری اسلامی در کل کشور اجرا می‌شود و بزرگ‌ترین بانک‌های جهان اسلام نیز در این کشور مشغول به فعالیت هستند، اما مسئله نظارت بر شرعی بودن عملیات بانکی آن طور که انتظار می‌رود، انجام نشده و نمی‌شود. لذا این یک واقعیت است که بعد از گذشت حدود سه دهه از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، هنوز هم برخی از علماء، نخبگان و عامه مردم در رابطه با انطباق

فعالیت‌های بانکی با تعالیم شرعی تردید دارند (موسویان و میسمی، ۱۳۹۳، ۱۱).

می‌توان گفت وضع موجود اجرای بانکداری بدون ربا در کشور با وضع ایده‌ال بانکداری اسلامی که به صورت گسترده در ادبیات نظری اقتصاد و مالی اسلامی مورد توجه قرار گرفته است، فاصله دارد. با توجه به این مطلب و با توجه به تأکیدهای مشخصی که مسئولان حکومتی بر اسلامی عمل کردن نظام بانکی دارند و تعهدی که بانک مرکزی بر تضمین اسلامی بودن عملکرد بازار پول در کشور بر عهده دارد و در نهایت انتظاراتی که عموم مردم مسلمان کشور دارند، به نظر می‌رسد لازم باشد با اتخاذ تدابیر گوناگونی، زمینه‌های اجرای صحیح قانون بانکداری بدون ربا و آیین‌نامه‌های مرتبط فراهم گردد.

اما در عمل شاهدیم که بانک‌های فعال در کشور در هنگام اعطای تسهیلات (به ویژه در عقود مشارکتی) با استفاده ناصحیح از عقد صلح، حقوقی که در عقود اسلامی برای وام‌گیرنده تعریف می‌شود، به طور کامل از بین می‌برند، به نحوی که هم بانک و هم دریافت‌کننده تسهیلات از ابتدای معامله از اینکه مشارکتی به صورت واقعی انجام نخواهد شد و وام‌گیرنده نیز مجبور است نرخ سود مشخص و معینی را به بانک تحویل دهد، مطمئن هستند.

انجام این کار گرچه شاید به لحاظ فقهی و بر اساس جایز بودن صلح ابتدایی در فقه شیعی، فاقد اشکال باشد، اما با اهداف شارع مقدس در وضع عقود مشارکتی و مطرح ساختن حقوقی برای طرفین آن

در تعارض است. از بین بردن حقوق سرمایه‌گذاران در سطح گسترده، شاید در یک مورد و چند مورد ظاهراً مشکلی برای نظام بانکی ایجاد نکند، اما زمانی که این امر به رویه‌ای عمومی و قاعده‌ای برای نظام‌سازی تبدیل گردد، به غیر واقعی شدن عملکرد نظام بانکداری اسلامی از دید ناظر بیرونی و همگرایی هرچه بیشتر این نظام با نظام بانکداری متعارف منجر می‌گردد (عرب مازار و کیقبادی، ۱۳۸۵، ۶).

نظام بانکداری اسلامی به عنوان یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های اقتصاد اسلامی، در تخصیص منابع جهت تأمین و پشتیبانی مالی فرایندهای تولیدی و رفع نیازهای مصرفی وظیفه‌ی خطیری بر عهده دارد و لازم است توزیع خدمات مالی به افراد مختلف به صورت عادلانه صورت گیرد. در واقع لازم است نظام مالی اسلامی در کشور به نحوی اصلاح گردد که تمامی افراد (فقییر یا غنی) که شایستگی دریافت تأمین مالی را دارند، بتوانند از آن بهره‌مند باشند. متأسفانه وضع موجود نظام بانکی در این زمینه چندان رضایت‌بخش نیست. پایین بودن وام‌های پرداختی قرض‌الحسنه، استفاده از سپرده‌های قرض‌الحسنه پس‌انداز در فعالیت‌های سودده اقتصادی، پایین بودن وام‌های خرد پرداختی و سخت بودن دریافت آن‌ها و غیره، همگی علل‌هایی از ناکافی بودن دسترسی گروه‌های ضعیف اجتماعی به خدمات نظام بانکداری بدون ربا در کشور است (آقائظری، ۱۳۸۷، ۱۴).

اصرار و پافشاری در جهت توجیه عملکرد بانک‌ها که ریشه در عرف این حرفه دارد که مثلاً فلان

عملکرد بانک را در قالب قرض تصور کنیم و فلان عملکرد را در قالب وکالت، نه تنها رهگشا خواهد بود بلکه تبعات نامطلوبی را همراه خواهد داشت، زیرا آنچه که اساس کار قرار خواهد گرفت معیارها و موازین و قواعد اسلامی که باید کارها را با توجه به دستورالعمل‌های آن استوار ساخت نه آنکه ابتدا پدیده‌ای به نام بانک آن هم با توجه به تجارب کشورهای غربی شکل بگیرد، آنگاه با استفاده از تعبیر و بکار بردن الفاظ فقهی، در صدد برآئیم که عملکردها و عملیات این پدیده را با قواعد و اصول اسلامی توجیه کنیم.

یکی از چالش‌های بسیار جدی که نظام بانکداری بدون ربا در کشور در بیش از ربع قرن فعالیت خود با آن مواجه شده است، چالش صوری‌سازی می‌باشد. منظور از صوری بودن آن است که طرفین قرارداد، گرچه واقعاً قراردادی که امضاء می‌کنند، عنوان یکی از عقود شرعی (مانند مضاربه) را دارد، اما در عمل هیچ گونه مضاربه‌ای اتفاق نیفتاده و صرفاً فاکتورها و برگه‌هایی جابه‌جا می‌گردد. وسعت این چالش به حدی است که برخی از محققین اقتصاد اسلامی و حتی برخی از مراجع عظیم تقلید صراحتاً اعلام کرده‌اند که بخشی از معاملات انجام شده در نظام بانکداری بدون ربا در کشور صوری است. این چالش قطعاً یکی از دلایل اصلی عدم اعتماد علما و عامه مردم به اسلامی بودن عملکرد بانکداری بدون ربا در کشور است. صوری شدن عملیات بانکداری بدون ربا در عقود مختلف منجر به ربوی شدن آن می‌گردد، زیرا عقود تابع قصود و اهداف طرفین می‌باشند و اگر طرفین قصد جدی

در انجام معامله نداشته باشند، معامله‌ای انجام نخواهد شد و تنها دریافت پول و بازپرداخت آن به مبلغ بیشتر مورد توجه طرفین قرار می‌گیرد که این قطعاً ریاست.

به‌عنوان نمونه‌ای از چالش‌های صوری‌سازی در وضع موجود بانکداری اسلامی در کشور، می‌توان به عقد جعاله اشاره کرد. در حال حاضر اجرای عقد جعاله در برخی موارد بدین صورت است که فرد متقاضی تسهیلات به بانک مراجعه کرده و تقاضای خرید خدمتی را می‌کند. بانک با این فرد عقد جعاله‌ای اقساطی بسته و به‌عنوان عامل از طرف فرد (جاعل)، انجام عمل را برعهده می‌گیرد. علاوه بر این و در عقد وکالت دیگری، فرد را مأمور خرید خدمت مذکور برای خودش می‌کند. در این حالت و در عقد دوم فرد وجه مورد نیاز جهت انجام خرید را نقداً از بانک دریافت کرده و معمولاً فرد خرید خدمتی انجام نمی‌دهد. نتیجه آنکه فرد پول نقدی را دریافت کرده و متعهد است آن را با مبلغی مازاد بازگرداند. معامله‌ای که ظاهراً صوری بوده و همان ربای قرضی به حساب می‌آید (اکبریان و رفیعی، ۱۳۸۶، ۱۶).

با توجه به اینکه پس از گذشت قریب چهل سال از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا علی‌رغم وجود اشکالات جدی که نویسندگان زیادی در این خصوص قلم زدند، قانونگذار به آن توجه نکرده. قانونگذار به منظور اسلامی کردن نظام بانکی کشور دست به وضع قانون عملیات بانکی بدون ربا زده است، به لحاظ وجود برخی تشابهات بین عملکرد بانک‌ها با عقود اسلامی و با حفظ عملیات بانک‌ها

اقدام به نامگذاری این عقود بر عملیات و فعالیت‌های بانک‌ها نموده است، این نامگذاری‌ها بایستی به‌طور کامل تمامی اوصاف و شرایط عقود اسلامی را تحقق بخشد و درواقع آنچه باید محفوظ بماند، عناوین عقود شرعی و احکام مربوط به آن است که وضع دستورالعمل‌ها و مقررات با انطباق کامل آن صورت گیرد. نه آنکه، اول مقررات نظام بانکداری با توجه به تجارب این حرفه در کشورهای غربی وضع و اجرا، سپس به واسطه وجود برخی تشابهات، عناوین شرعی بر آنها نهاده شود. این اقدام قانونگذار که درصدد حفظ عملیات بانک‌ها بوده است، نه تنها کمک چندانی در جهت اسلامی کردن نظام بانکی کشور نکرده است، بلکه ابهاماتی را به همراه داشته است. به‌عنوان مثال وقتی اقدام سپرده‌گذاران بر پایه اعتماد عمومی به بانک و با میل باطنی و دور از اکراه انجام می‌شود و به استناد آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و حدیث نبوی «المومنون عند شروطهم» و ماده ۱۰ قانون مدنی، بدون ورود مفسده و اخلال در نظم عمومی همانند بسیاری از عملیات دیگر مردم در جامعه همخوانی دارد، چه اصراری برای نامگذاری عقود اسلامی بر عملیات بانکی وجود دارد. استفاده از تجارب کشورهای پیشرو امری بدیهی و مطلوب می‌باشد لیکن اقدام قانونگذار که با توجه به اعمال سیستم بانکداری غربی در کشور فقط با تغییر عناوین بر روی عملیات بانک‌ها، قانونی تحت عنوان «قانون عملیات بانکی بدون ربا» را تصویب و پس از آن نظام بانکداری کشور را اسلامی می‌خواند، خدشه و اشکال وارد است و ضمن بررسی و تطبیق

عملکرد بانک با عناوینی که قانونگذار بر روی سپرده‌گذاری اشخاص گذاشته است، سه راه حل ارائه شده و می‌توان با انجام اصلاحات، افزودن صفت اسلامی بر بانکداری کشور را به واقعیت نزدیکتر ساخت. چون هیچ ضرورتی ندارد که بر روی سپرده‌های اشخاص عناوین عقود اسلامی افزود، در حالی که سنخیت کامل با آن ندارد و به جای آن می‌توان به‌طور مثال از عناوین سپرده‌های بدون سود و سپرده‌های با سود و یا ... استفاده نمود و یا در بخش تسهیلات (تخصیص منابع)، اگر از عناوینی چون مضاربه و جعاله و... استفاده می‌کند، واقعاً بانک در مقام عامل (مضارب) قرار گیرد و سود و زیان را جزء مشاع از کل محاسبه نماید. حال که در عمل چنین نیست، چه ضرورتی دارد انجام تسهیلات را با عناوین مختلف عقود اسلامی که تطبیق چندانی با آن ندارد نامگذاری نماید و یا اگر با عنوان وکیل سپرده‌گذاران اقدام می‌نماید، در مقام وکیل عام قرار گرفته و به گرفتن حق الوکاله قانع باشد. نه آنکه خود جای اصیل (سپرده‌گذاران) قرار گیرد و میزان سود مشخص و از پیش تعیین شده را برای سپرده‌گذار در نظر بگیرد. آیا با مثال - های فوق نمی‌توان دست به اصلاحات در دستورالعمل‌های بانکی زد و دستورالعمل‌های بانکی را با موازین شرعی اصلاح کرد؟ زیرا تا زمانی که وضع مقررات و دستورالعمل‌های بانکی بر اساس و مطابق موازین شرعی نباشد، نمی‌توان ادعای اسلامی کردن نظام بانکی را داشت. اگر قانونگذار سعی در اسلامی کردن نظام بانکی کشور را دارد الزاماً بایستی عملیات و دستورالعمل‌های بانکی را

بر اساس موازین اسلامی وضع نماید. نه آنکه فعالیت‌ها و دستورالعمل‌های موجود بانک را با عناوین اسلامی توجیه نماید. چنانچه این اقدام با این عناوین تطابق کامل داشت، هیچ ایرادی وارد نبود. ولی با وجود ایرادهای جدی، با تغییر در عناوین و توجیه عملکرد بانک، نظام بانکداری کشور اسلامی نخواهد شد.

۵-۶. سپرده‌گذاری بانکی با عنوان عقد وکالت

در ماده ۹ آئین‌نامه یاد شده است: «بانک‌ها سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را که در به کارگرفتن آن‌ها وکیل می‌باشند، به‌عنوان منابع سپرده‌گذار در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار می‌دهند.»

بر اساس مفاد این ماده چنانچه بانک را وکیل سپرده‌گذاران بدانیم، ایرادات زیر بر آن وارد خواهد بود:

۱- با توجه به عملیاتی که بانک‌ها انجام می‌دهند و همچنین آنچه را که عرف بانکی نشان‌دهنده آن است در مورد سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار اگر نتوانیم بانک را مالک مطلق وجوه سپرده بدانیم بگونه‌ای که بانک خود را به میزان وجهی که در نزد وی سپرده شده است مدیون بداند، نمی‌توانیم بانک را صرفاً در مقام یک وکیل تصور کنیم، زیرا سپرده‌گذار به هنگام انعقاد قرارداد سپرده‌گذاری بانکی، قصد توکیل بانک را ندارد و عقد وکالت را با

آثار ویژه‌ی آن قصد نمی‌کند و بانک نیز سندی را که مبین وجود وجوه امانتی در نزد وی (وکیل) که به نیابت از آن وجوه کار کند صادر نمی‌کند.

سرمایه‌گذار طرف قرارداد با بانک، بانک را طرف اصلی و اصیل در قرارداد تلقی و آن را طرف حق و تکلیف می‌بیند، بانک نیز حقوقی که از محل قرارداد، یا تخصیص منابع اعم از اعتبار یا وام، تحصیل می‌کند حقوق خود می‌داند.

در کلیه قراردادهای بانکی که بانک با وام‌گیرندگان منعقد می‌کند تعهدات ناشی از قراردادهای مذکور تحت هیچ شرایطی متوجه سپرده‌گذار یا سپرده‌گذاران نمی‌شود اصلاً سپرده‌گذار رابطه‌ای با وام‌گیرندگان یا سرمایه‌گذاران طرف قرارداد بانک ندارد.

۲- بانک‌ها بدون توجه به نتیجه عملیات و سود و زیان احتمالی، به سپرده‌گذاران تأدیه مبلغی سود را هرچند به‌طور علی‌الحساب تضمین می‌کنند در عمل بانک‌ها سود حاصل از سرمایه‌گذاری را به سپرده‌گذاران نمی‌دهند و آنچه را که برای خود در نظر می‌گیرد حق‌الوکاله نیست. سپرده‌گذار نیز هیچ عنایتی به نحو بکارگیری وجوه توسط بانک ندارد حال آن که مقصود اصلی و بالذات در عقد وکالت، استنباه در تصرف است و وکیل با اذن موکل و برای او فعالیت می‌کند (الجبعی العاملی، بی‌تا، ۴، ۳۶۷).

در مورد اصل سرمایه، رابطه‌ی بانک‌ها با سپرده‌گذاران هیچ شباهتی به مورد عقد وکالت ندارد زیرا وکیل امین است و جزء در صورت تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود (جعفر بن حسن، ۱۴۰۹، ۲، ۴۳۷). حال آنکه کلیه بانک‌ها استرداد

اصل سرمایه را تضمین می‌کنند قانون عملیات بانکی که کراراً از بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذار یاد کرده است در ماده ۴ مقرر داشته: «بانک مکلف به بازپرداخت اصل سپرده‌های قرض‌الحسنه (پس‌انداز و جاری) می‌باشند و می‌توانند اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تعهد و یا بیمه نمایند.»

در ماده ۸ آئین‌نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی آمده است: «بانک‌ها استرداد اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تعهد و یا به هزینه خود بیمه می‌نمایند.» این امر در دستورالعمل‌های مربوطه به‌صورت یک تکلیف بر بانک تحمیل شده است و در عمل کلیه بانک‌ها در روی اوراق سپرده‌گذاری‌های مدت‌دار عبارت «استرداد اصل سرمایه تضمین می‌شود» را درج می‌کنند.

۳- مخلوط کردن سپرده‌های سرمایه‌گذاران توسط بانک موجب می‌شود، سپرده‌ی هر سپرده‌گذاری جزئی از انبوه سپرده‌ها را تشکیل دهد در نتیجه تعیین اینکه کدام سپرده در پروژه‌هایی که زیان به بارآورده است اختصاص یافت و کدام سپرده در اموری که سود به بارآورده است بکارگرفته شده قابل تشخیص نمی‌باشد. بنابراین سود و زیان‌های احتمالی قابل تخصیص به هریک از سپرده‌ها نمی‌باشد.

۴- عندالمطالبه بودن مورد وکالت به این معنی است که هرگاه موکل آنچه که در تصرف و ید وکیل قرار داده است را مطالبه کند باید تسلیم موکل شود (جعفر بن حسن، ۱۴۰۹، ۲، ۴۳۷). ولی بانک‌ها عنوان وکیل را، زمانی بر خود می‌گذارند که

سپرده‌ها مدت‌دار باشد و شرط آن است که موکل حق رجوع تا انقضاء مدت را نداشته باشد و در صورت رجوع جهت دریافت وجوه، بانک از میزان سود متعلقه می‌کاهد و در واقع این وکیل است که تعیین تکلیف می‌کند و این خارج از مقتضای عقد وکالت است زیرا وکیل مستحق دریافت حق‌الوکاله است نه آنکه او میزان سود پرداختی به موکل را مشخص کند.

۵- از فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا برمی‌آید که رابطه‌ی بانک و سپرده‌گذار در چارچوب قواعد عقد وکالت می‌باشد. از مواد ۶۷۸ ق.م و همچنین فقه وکالت عقدی جایز است اگر قانون‌گذار بنابه مصالحی از جمله حفظ حقوق ثالث تمام اموری که وکیل پس از عزل و قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ دانسته است، ولی انفساخ عقد وکالت بواسطه تغییر وضعیت یکی از طرفین نظیر ابتلاء به جنون وکیل یا موکل و یا فوت آن‌ها نمی‌توان تردید کرد (حلی، ۱۳۶۷، ۲، ۴۴۲؛ مکی‌العاملی، ۱۳۹۲، ۱۶۶).

۵-۷. تسهیلات بانک‌ها با عنوان مشارکت

مدنی

یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه است. اگر سهم‌الشرکه مساوی باشد، سود نیز باید به‌طور مساوی تقسیم شود و اگر شرط سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد یا آنکه سود بیشتری با وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود،

این نوع شرکت باطل است. همچنین است اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکا در نظر گرفته شود. منظور از بطلان شرکت در این مورد این است که شرط باطل است و اگر این شرط علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است (کاشانی، ۱۳۵۶، ۱۱).

تعهد یکی از دو طرف برای تملیک سود بیشتر به طرف دیگر بدون علت است و عوضی هم در مقابل آن قرار ندارند. این نظر توسط برخی از حقوقدانان نیز تأیید شده با این استدلال که هر یک از شرکا در مال مشترک شریک است، در نمائات حاصله و همچنین نقص به همان نسبت شریک خواهد بود زیرا نمائات تابع ملک است و برای شریک هرگاه بدون کار و عمل نفع بیشتری در نظر بگیرند، باطل است زیرا آن زیاده در مقابل چیزی قرار نگرفته تا معاوضه‌ای باشد و تعهد بدون علت است و اگر در شرط ضمن عقد باشد به علت مخالفت با اقتضاء عقد شرکت، شرط باطل و عقد هم باطل می‌شود زیرا اقتضاء عقد شرکت این است که نمائات به نسبت مال‌الشرکه تسهیم شود، چون نمائات تابع اصل ملک است (امامی، ۱۳۶۸، ۲، ۲۰۹).

در ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان، تناسب میان سود و سرمایه به‌هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به‌عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح کند.

آنچه را که بانک در قراردادهای مشارکت مدنی به‌عنوان شرط ضمن عقد آورده، نه برای تکمیل و

الگوهای اسلامی که برای رفتار زندگی جمعی در اختیار داریم مدد بگیریم و تا جایی که روابط طرفین و قراردادهای موجب بروز مفسده‌ای نشود آن را نافذ بدانیم زیراریشه در عرف این حرفه دارد.

۷. سهم نویسندگان

در نگارش تحقیق حاضر، نویسندگان به نوبه خود نقش برابری در نگارش، تدوین و نهایی شدن مقاله داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این تحقیق، تضاد منافی وجود ندارد.

توضیح قرارداد بلکه برای هدف سودآوری است که از اول در نظام بانکداری به آن توجه شده اما به دلیل محدودیت‌های شرعی از جمله ممنوع بودن اخذ ربا، بانک ناگزیر شد برای دست یافتن به هدف مورد نظر خود با استفاده از این شرایط اقدام نماید. چونکه قراردادهای موجود، همگی قالبی الحاقی دارند و گیرندگان تسهیلات در تنظیم آن سهمی ندارند.

۶. نتیجه

روابط بین بانک و سپرده‌گذاران با هیچ یک از عناوین عقود اسلامی نمی‌تواند کاملاً منطبق باشد از آثار و احکام آن پیروی کند این رابطه که ریشه در عرف حرفه بانکداری دارد. لذا الزامی وجود ندارد که عقود را به همین تعداد شناخته شده محدود بدانیم می‌توان عقود دیگری را از متن منابع فقهی استنباط احکام استخراج کرد، مانعی ندارد که معامله‌ای صحیح باشد بدون اینکه داخل در هیچ یک از عقود معین یا ابواب فقه باشد. به استناد آیات و روایات، اصول کلی و فقهی اصل را بر صحت معاملات گذاشته و آن را محدود به عدم بروز مفسده بدانیم بدین ترتیب به اراده و توافق طرفین باستناد ماده ده قانون مدنی و یا همان مراعات باب فقهی احترام گذاشته و در صورتی که مفسده‌ای به دنبال نداشته این نوع قراردادهای نافذ بدانیم.

رابطه بانک و سپرده‌گذار به گونه‌ای است که در صورت گشایش حساب مدت‌دار، به جای پناه بردن به این عقود به منظور توجیه کار بانک، بهتر آن است از روح دستورالعمل‌ها و معیارها و اصول و

منابع

- حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر (علامه حلی)، تبصره المتعلمین، چاپ اول، چاپ افست اسلامی، ۱۳۶۷.
- دستورالعمل‌های اجرایی بانک‌ها
- سامی، ابوالفضل، بررسی نقش بهره در نظام بانکداری اسلام و سرمایه‌داری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۴.
- سلسله مقالات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- عبدالرضایی، محمد، ماهیت و احکام سپرده‌های بانکی از نظر فقهی، دانشگاه قم (دانشکده الهیات و معارف اسلامی)، ۱۳۹۳.
- عرب مازار، عباس، کیقبادی، سعید؛ «جایگاه قرض الحسنه در نظام بانکی ایران»، نشریه اقتصاد اسلامی، دوره شش، ۱۳۸۵.
- عیوضلو، حسین، عدالت و کارایی در تطبیق با نظام اقتصادی اسلام، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۴.
- کاشانی، محمود، «شرکت مدنی»، نشریه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دو، ۱۳۵۶.
- مطهری، مرتضی، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۸۱.
- مکی العاملی، محمد بن جمال الدین (الشهید الاول)، اللعه دمشقیه، جلد اول، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۲.
- آقائظری، حسن، «نظریه مشارکت در سود و زیان، چالش‌ها و راه کارها»، اقتصاد اسلامی، شماره بیست و نهم، ۱۳۸۷.
- اکبریان، رضا، رفیعی، حمید، «بانکداری اسلامی، چالش‌های نظری، عملی و راه کارها»، اقتصاد اسلامی، شماره بیست و ششم، ۱۳۸۶.
- الجبعی العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، البهیة، جلد چهارم، انتشارات جامعه النجف الدینیة، بی تا.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸.
- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، قانون عملیات بانکی بدون ربا، ۱۳۶۲.
- بخشنامه ۲۴ ب، دستورالعمل‌های اجرایی حساب قرض الحسنه پس انداز، بانک ملی ایران، ۱۳۹۶.
- بخشنامه ۳۳ ب، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت دار، بانک ملی مرکزی، ۱۳۹۴.
- بذرافشان، حسن، ربا در فقه اسلامی و حقوق موضوعه، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی (دانشکده حقوق و معارف اسلامی)، ۱۳۹۴.
- جعفر بن الحسن، ابوالقاسم نجم الدین (محقق الحی)، شرایع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹.

- مینایی، منوچهر، مجموعه قوانین پولی و بانکی و سایر قوانین مربوط، انتشارات تحقیقده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۲.

- موسویان، سید عباس، میسمی، حسین، نظارت شرعی بر بانک‌ها و موسسات مالی اسلامی، تهران، تحقیقده پولی و بانکی، ۱۳۹۳.

- موسویان، سید عباس، «مصادیق پنهان و آشکار ربا در نظام بانکی»، مجله تخصصی اقتصاد اسلامی، دوره دو، شماره ششم، ۱۳۸۶.