

مقایسه مکانیسم اعطای مضاربه در الگوی بانکداری

سید شروین جزایری فارسانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد شهرکرد

چکیده

نظام فعلی بانکداری در ایران بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و آیین نامه های مربوط به آن می باشد. علیرغم اینکه در ماده ۲۱ قانون فوق آمده است که: «بانک مرکزی یا هر یک از بانکها و نیز بانکها با یکدیگر مجاز به عملیات بانکی ربوی نمی باشند» لیکن قراردادهایی که جهت دریافت سپرده های مردمی و پرداخت تسهیلات به سرمایه گذاران استفاده می شود همواره شبهه ربوی بودن را به ذهن متبادر می کند. جهت رفع این شبهه بانک ملی طرحی را معرفی کرده با عنوان بانکداری مشارکت در سود و زیان PLS اساس این طرح که «بانکداری مشارکتی» خوانده می شود، بانک بعنوان یک نهاد واسطه از طریق انتشار گواهی های مختلف نسبت به جمع آوری سپرده مردمی و تخصیص آن به فعالان اقتصادی اقدام می کند و پس از اتمام طرح سود و زیان طرح را بین معجر و سپرده گذاران (دارندگان گواهی مشارکت) تقسیم می کند. این الگوی بانکداری با انتشار گواهی مشارکت و ایجاد بازار ثانویه آن، و تاسیس نهادهای همچون واحد امین و حکمیت دارای مزیت های توزیع ریسک، جذب شوک های اقتصادی، توزیع سود، عدالت توزیعی و حذف واقعی ربا نسبت به بانکداری فعلی است. در مقابل این الگوی بانکداری به دلیل مشارکتی بودن رابطه بانک با مشتریان با چالش هایی از قبیل نظارت و اطلاعات نامتقارن، ریسک ورشکستگی را در تجهیز منابع روبه رو کرده است.

واژگان کلیدی: بانک، بانکداری بدون ربا، بانکداری مشارکت در سود و زیان، گواهی

مشارکت، سپرده گذاری، مضاربه بانکی

بانکداری اسلامی به عنوان با سابقه‌ترین نماد تأمین مالی اسلامی، روش بانکداری و کالتی را به جای نظام ربوی، اساس کار خود قرار داده است. هرچند اساس تأمین مالی اسلامی مشارکت طرفین است، ولی الگوهایی که بانک‌های ایران در عملیاتی کردن آن به کار برده‌اند، متفاوت است. در قانون «عملیات بانکی بدون ربا»، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدتدار طبق رابطه حقوقی «وکالت» پذیرفته می‌شوند. این الگو به اختصار الگوی «وکالتی» نامیده شده است. در سایر کشورها و بانک‌های اسلامی، الگوی دیگری در حال اجراست که به اختصار الگوی «مشارکتی» نامیده شده است. هرچند دقیقاً رابطه حقوقی به کار گرفته شده در این نوع حساب‌ها «شرکت» نیست و بیشتر این حساب‌ها مضاربه‌ای است. گذشت بیش از ۳۰ سال از تصویب و عملیاتی شدن قانون «بانکداری بدون ربا» مجال مناسبی فراهم نموده است تا صاحب‌نظران به نقد و بررسی این قانون بپردازند. این قانون در بخش سپرده‌های سرمایه‌گذاری، که اصلی‌ترین منابع بانک اسلامی است، از عقد «وکالت» بهره برده است. مطابق مواد سه تا شش قانون «بانکداری بدون ربا مصوب سال ۱۳۶۲»، بانک‌ها سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدتدار را در قالب حقوقی عقد «وکالت»، از صاحبان آنها پذیرفته، در جایگاه وکیل سپرده‌گذاران، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف، جعاله و تنزیل^۱ به کار می‌گیرند و منافع حاصل از عملیات مذکور را طبق قرارداد، متناسب با مدت و مبلغ سپرده، با رعایت سهم منابع بانک پس از کسر هزینه‌ها و حق‌الوکاله، بین صاحبان سپرده تقسیم کنند. در الگوی «مشارکتی» «مشارکت در سود و زیان PLS، منظور از شریک و مشارکت معنای عام آن است و منظور صرف عقد شرکت نیست. برای مثال، در برخی بانک‌های اسلامی، به حساب‌های سرمایه‌گذاری «حساب‌های مضاربه‌ای» می‌گویند.

بخش اول: بررسی و تحلیل مضاربه بانکی

در نظام بانکداری مشارکت در سود و زیان (PLS) این عقد به عنوان یکی از محصولات و ابزارهای مالی معرفی شده است که بانک از طریق آن می‌تواند نسبت به اعطایی تسهیلات اقدام کند از طرفی اندیشه اصلی شهید صدر در

الگوی بانکداری بدون ربا واسطه‌گری مالی بانک بین سپرده‌گذاران و سرمایه‌گذاران در قرارداد مضاربه است، لذا در این بخش به مقایسه اعطایی مضاربه در هر دو الگوی بانکی (متعارف) و بانکداری مشارکت در سود و زیان PLS و تطبیق آن با نظرات مرحوم شهید صدر به عنوان احدی از فقهای صاحب‌نظر در این موضوع می‌پردازیم، لازم به ذکر است در این تحقیق بصورت موردی روش پرداخت تسهیلات مضاربه در بانک ملی را مورد بررسی قرار داده که با توجه به وحدت رویه بین بانکها میتوان گفت در باقی بانکهای ایران نیز با کمی تفاوت همین دستور العمل اجرا میشود.

بند اول: مبنای قانونی پرداخت مضاربه بانکی

در الگوی بانکداری متعارف بانکها میتوانند به استناد ماده ۹ قانون عملیات بانکی که مقرر میدارد: «بانکها میتوانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی، در چارچوب سیاستهای بازرگانی دولت منابع لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار متقاضیان قرار دهد.» همچنین در بانکداری مشارکت در سود و زیان براساس ماده (۳۷۴) پیش‌نویس آیین‌نامه اجرایی بانکداری مشارکت در سود و زیان مضاربه را اینگونه تعریف می‌کند: بانک جهت تجهیز و تخصیص منابع مورد نیاز طرح‌های بازرگانی می‌تواند از تامین مالی مضاربه استفاده کند، بانک به عاملیت از طرف سپرده‌گذار اقدام به انعقاد عقد مضاربه با مجری می‌کند و به عنوان واسطه‌ی وجوه منابع سپرده‌گذار را برای انجام مضاربه در اختیار مجری (مضارب) قرار می‌دهد. و بر عملیات مجری نظارت و از سوی دیگر به سپرده‌گذار گواهی مضاربه یا مضاربه ادواری تسلیم می‌کند. پس از انجام عملیات مالی مضاربه، سود و زیان حاصله را پس از کارمزد بانک (در صورت تحقق سود) بین سپرده‌گذار و مضارب تقسیم می‌کند.

بند دوم: اعطای مضاربه از نظر شهید صدر

مهم‌ترین روش تخصیص منابع پول در الگوی پیشنهادی شهید صدر برای بانک بدون ربا قرارداد مضاربه است. بانک بدون ربا به دو صورت به اعطایی تسهیلات مضاربه برای سرمایه‌گذاران اقدام می‌کند.

الف) اعطای مضاربه در جایگاه صاحب سرمایه

بانک بدون ربا منابع خود بانک و مانده موثر سپرده‌های جاری را در جایگاه مالک و صاحب سرمایه در اختیار سرمایه‌گذاران در رشته‌های گوناگون تولید و تجاری می‌گذارد و در سود حاصل از فعالیت اقتصادی آن با آنان شریک می‌شود.

ب) اعطایی مضاربه در جایگاه وکیل صاحب سرمایه

بانک بدون ربا، مانده مؤثر سپرده‌های پس‌انداز و ثابت را در مقام وکیل سپرده‌گذار در اختیار سرمایه‌گذاران بخش‌های تولیدی و تجاری می‌گذارد و به وکالت از طرف سپرده‌گذاران در سود فعالیت‌های اقتصادی با سرمایه‌گذاران (عامل‌های مضاربه) شریک می‌شوند. در این صورت، سپرده‌گذار در جایگاه صاحب سرمایه، سرمایه‌گذار در مقام عامل مضاربه و بانک در جایگاه وکیل، ایفای نقش می‌کنند بنابراین مشخص می‌گردد الگوی بانکداری فعلی بر مبنای عقد وکالت تسهیلات مضاربه را پرداخت می‌نماید. هرچند در تعریف بانک را به عنوان مالک سرمایه یا مضارب تعریف نموده است و نظام بانکداری مشارکتی بر مبنای واسطه‌گری و دریافت حق‌العمل تسهیلات مضاربه را پرداخت می‌نماید و چنانچه از منابع خود تسهیلات را پرداخت نماید صاحبان گواهی مضاربه مالک سرمایه بوده و مجری طرح مضارب است و سود بین طرفین تقسیم می‌شود.

بخش دوم: موضوع مضاربه

منظور از موضوع مضاربه نوع کالای مورد معامله توسط مضارب و موقعیت جغرافیای بازرگانی (داخلی و خارجی) می‌باشد که در ذیل به بررسی موضوع مضاربه در هر دو الگو می‌پردازیم

الف) موضوع مضاربه در بانکداری فعلی

موضوع مضاربه استفاده از سرمایه بانک توسط عامل در امر خرید و فروش کالا می‌باشد که ممکن است به یکی از طرق زیر انجام شود:

الف- بمنظور خرید و فروش کالا در داخل کشور (بازرگانی داخلی) ب- بمنظور خرید و صدور کالا به خارج از کشور به قصد فروش (صادرات) ج- بمنظور خرید و ورود کالا از خارج برای فروش در داخل کشور (واردات)

تبصره ۱- واحدها در امر واردات مجاز به معامله مضاربه با بخش خصوصی نمی‌باشند.

تبصره ۲- واحدها موظفند قبل از انعقاد قرارداد مضاربه، عملیات موضوع مضاربه را در حد نیاز بررسی و اطمینان حاصل نمایند که اصل سرمایه و سود مورد انتظار در طول مدت مضاربه قابل برگشت است.

تبصره ۳- واحدها مجاز به انعقاد قرارداد مضاربه در امر خرید و فروش کالای تجملی نمی‌باشند.

بند اول: مضاربه در بانکداری مشارکت در سود و زیان

ماده (۳۷۴) پیش‌نویس آیین‌نامه در خصوص موضوع می‌گویند: «... استفاده از سرمایه سپرده‌گذار توسط مجری در امر خرید و فروش (تجارت) که به یکی از طرق زیر انجام می‌شود:

۱- خرید و فروش کالا در داخل کشور (بازرگانی داخلی)

۲- فروش کالا به خارج از کشور (صادرات)

۳- خرید کالا از خارج برای فروش در داخل کشور (واردات)

۴- واردات کالا از خارج برای صدور مجدد (صادرات مجدد)

۵- واردات کالا از خارج برای فرستادن به کشور دیگر (ترانزیت)

۶- صادرات کالا در عوض واردات کالا (سواب)

ج) موضوع مضاربه از نظر شهید صدر

شهید صدر معتقد بر این امر بودند که موضوع مضاربه می‌تواند رشته‌های گوناگون تولید و تجارت باشد. فارغ از تفاوت‌های که در موضوع مضاربه در نظام بانکداری فعلی و مشارکتی در خصوص حیطه گسترش تجارت وجود دارد و بانکداری مشارکت در سود و زیان موارد بیشتری از خرید و فروش را مشمول دریافت تسهیلات مضاربه میدانند هر دو بر این امر استوار است که اساس مضاربه می‌بایست تجارت باشد ولیکن شهید صدر معتقد به استفاده از مضاربه در رشته‌های تولیدی و کشاورزی می‌باشند. گرچه شهید صدر از فقیهان بزرگ شیعه است و آرای فقهی‌اش جزو محکم‌ترین آرا شمرده می‌شود لیکن به اعتقاد مشهور فقیهان شیعه و مشهور اهل سنت قرار داد مضاربه به باب تجارت و بازرگانی اختصاص دارد و در بخش‌های دیگر اقتصادی جریان ندارد.

بند دوم: سرمایه مضاربه

سرمایه مضاربه وجهی است که از طرف بانک در اختیار مضارب گذاشته میشود تا با آن اقدام به تجارت نماید.

الف) سرمایه مضاربه در بانکداری فعلی

الف- سرمایه مضاربه برای یک یا چند دوره معامله براساس قیمت خرید کالای موضوع مضاربه و هزینه‌های قابل قبول (شامل قیمت خرید، هزینه‌های بیمه، حمل و نقل، انبارداری، بسته‌بندی، حق ثبت سفارش، حقوق گمرکی، سود بازرگانی و هزینه‌های بانکی) تعیین می‌گردد. نظر به این که در مورد واردات بعضی کالاها وارد کننده ملزم به تودیع درصدی از قیمت آن بعنوان ودیعه ثبت سفارش نزد بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد و این

مبالغ جزو قیمت تمام شده کالا محسوب نمی گردد، زیرا به محض ترخیص کالا و ارائه برگ گمرکی آن مبالغ قابل استرداد است، بنابراین ودیعه ثبت سفارش جزو هزینه ها و قیمت تمام شده کالای مورد معامله نبوده و تأمین آن بعهده عامل خواهد بود.

ب - سائز هزینه های متعلقه به معامله یا معاملات موضوع مضاربه با مصالحه طرفین طبق قرارداد بعهده عامل خواهد بود.

ج - واحدها می توانند سرمایه نقدی (منابع) مضاربه را یکجا یا بر حسب نیاز به تدریج در اختیار عامل قرار دهند.

د - واحدها مکلفند بر مصرف سرمایه مضاربه و برگشت آن و همچنین بر عملیات اجرائی مضاربه نظارت لازم و کافی بعمل آورند.

ه - حساب عملیات بانکی ناشی از اجرای معاملات مضاربه، نزد واحد تأمین کننده سرمایه متمرکز خواهد شد.

بند سوم: مشارکت در سود و زیان

چگونگی پرداخت سرمایه مضاربه در بانکداری مشارکت در سود و زیان طی مواد ۳۷۸ الی ۳۸۱ این نامه آمده که عبارت است از:

ماده (۳۷۸) سرمایه مضاربه برای یک دوره کامل معامله (خرید و فروش) براساس قیمت خرید کالای موضوع مضاربه و هزینه های قابل قبول شامل قیمت خرید، هزینه های بیمه، حمل و نقل، انبارداری، بسته بندی، حق ثبت سفارش، حقوق گمرکی، سود بازرگانی و هزینه های خدمات بانکی تعیین می شود. تبصره ۱: سایر هزینه های متعلقه و پیش بینی نشده در صورت تأیید واحد امین قابل پذیرش است.

تبصره ۲: چنانچه افزایش سرمایه مضاربه به تقاضای مجری برای واحد امین توجیه داشته باشد از طریق انعقاد قرارداد متمم و پس از اخذ تضمینات و وثایق

جدید به میزان کافی نسبت به افزایش سرمایه با فروش گواهی مضاربه جدید توسط بانک به سپرده گذاران اقدام می شود.

ماده (۳۷۹) در واردات کالاها صرفاً در قالب گشایش اعتبار اسنادی دیداری که واردکننده ملزم به تودیع درصدی از قیمت آن به عنوان ودیعه ثبت سفارش نزد بانک مرکزی می باشد، این مبالغ جزو قیمت تمام شده کالا محسوب نمی شود و به محض ترخیص کالا و ارائه برگ سبز گمرکی قابل استرداد است. لذا ودیعه ثبت سفارش جزو هزینه ها و قیمت تمام شده کالای مورد معامله نیست.

تبصره: تامین ودیعه ثبت سفارش موضوع این ماده به صورت امانی از محل منابع سپرده گذار تامین خواهد شد.

ماده (۳۸۰) سایر هزینه های پیش بینی نشده موضوع مضاربه در صورت تأیید واحد امین قابل پذیرش بوده و در غیر این صورت به عهده مجری (مضارب) خواهد بود.

ماده (۳۸۱) سرمایه نقدی (منابع) مضاربه حسب پیشنهاد واحد ارزیابی و تأیید واحد امین یکجا یا به تدریج در اختیار مجری قرار می گیرد.

ج) سرمایه مضاربه از نظر شهید صدر

شهید صدر در خصوص سرمایه مضاربه و نحوه پرداخت آن به عامل شرایط خاصی ذکر نکرده و آن را به عمومات و حسن نیت طرفین مبنی بر امان بودن عامل و قبول ضرر از ناحیه سرمایه گذار واگذاشته است. با مقایسه سرمایه مضاربه در بانکداری فعلی و بانکداری مشارکتی به این نتیجه می رسیم نحوه پرداخت سرمایه در هر دو نظام تقریباً به یک گونه است با اندکی تفاوت. مثلاً اینکه هزینه ثبت سفارش در بانکداری فعلی به عهده مضارب است لیکن در بانکداری مشارکت در سود و زیان می توان بصورت امانی از محل منابع سپرده گذار پرداخت شود که امر جدید و خوبی به نظر میرسد زیرا گاهی اوقات

علی الرغم اینکه مضارب دارای تجارت پرسودی است لیکن به دلیل عدم توانایی در تامین پیش پرداخت از انعقاد قرارداد با بانک باز می ماند. همچنین اینکه در بانکداری مشارکتی با تعریف واحد ارزیابی و امین نظارت بیشتری بر حسن اجرای امور می شود. در مقابل می توان گفت که براساس بند د بخش دوم فصل دوم بخشنامه ۲۰ ب بانک ملی ایران مستند به ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی مضاربه مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار این حق و تکلیف برای بانک به وجود آمده بود لیکن در عمل مشاهده می شود که به دلیل عدم تخصص کافی و یا ازدحام کار برای واحدهای بانکی هیچگونه نظارتی بر حسن اجرای مضاربه نمی شود در حالی که در بانکداری مشارکتی با توجه به شرایطی که می بایست ارزیابان و امین دارا باشند لذا احتمال خطا در آنان کمتر است مضاف بر اینکه در ماده ۳۷۵ پیش نویس آیین نامه بانکداری مشارکتی PLS شرط اعطایی تسهیلات تایید واحد ارزیابی نسبت به مجری و طرح می باشد. لازم به ذکر است شهید صدر نیز در ذیل شروط عامل می گوید: « أن تحصل للبنك القناعة الكافية بكافة المستثمر و قدرته على استثمار الأموال التي سيأخذها من البنك في مجال قليل المخاطره. » یعنی اینکه برای بانک اثبات شود عامل توانایی تجارت و موضوع تجارت سودآوری لازم را دارد. از دیگر ابداعات بانکداری مشارکتی پیش بینی این امر است که چنانچه افزایش سرمایه مضاربه به تقاضای مجری برای واحد امین توجیه داشته باشد از طریق انعقاد قرارداد متمم و پس از اخذ تضمینات کافی نسبت به افزایش سرمایه با فروش گواهی مضاربه جدید توسط بانک به سپرده گذاران اقدام می شود در حالی که این امر در بانکداری فعلی امکان پذیر نمی باشد و چنانچه شخصی در تجارت خود دچار مشکل مقطعی شده باشد و با تزریق سرمایه تجارت او دوباره رونق می گیرد نمی تواند سرمایه مضاربه را افزایش دهد بدلیل عدم پیش بینی در دستورالعمل اجرایی و از طرفی نمی تواند نسبت به اخذ تسهیلات مجدد اقدام کند چون شرایط دریافت مضاربه از بانک که همان اثبات تبحر کافی در تجارت است را به دلیل وقوع شکست از دست داده است. بنابراین به نظر می رسد از جمله ابداعات مثبت این طرح همین باشد.

بخش سوم: بررسی مدت مضاربه

منظور از مدت مضاربه مدت زمانی است که مضارب در اختیار دارد از منابع بانک استفاده کرده و به عبارتی سررسید باز پرداخت تسهیلات می‌باشد.

الف) مدت مضاربه در بانکداری فعلی (۱) مدت قرارداد مضاربه متناسب با یک دوره خرید و فروش و حداکثر شش ماه می‌باشد.

در موارد استثنائی، مدت مذکور با اجازه اداره مرکزی و عندالازوم بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران که از طریق اداره مرکزی اقدام می‌گردد قابل افزایش خواهد بود.

۲) مدت قرارداد مضاربه صادراتی با توجه به سررسید اعتبار اسنادی مربوط و یا سررسید قرارداد صدور کالا تعیین می‌گردد که در هر حال نباید از شش ماه تجاوز نماید و سررسید مضاربه صادراتی باید مقدم بر سررسید اعتبار اسنادی صادراتی و یا قرارداد صدور کالای مورد معامله باشد.

۳) قرارداد مضاربه قابل تمدید نمی‌باشد. ب) مدت مضاربه در بانکداری مشارکتی

شرایط و قواعد مدت مضاربه در پیش نویس این نامه اجرای بانکداری مشارکت در سود و زیان در مواد ۳۸۳-۳۸۶ آمده که به شرح ذیل است:

ماده (۳۸۳) مدت قرارداد مضاربه متناسب با یک دوره کامل خرید و فروش کالای موضوع تعیین می‌شود.

ماده (۳۸۴) مدت قرارداد در مضاربه صادراتی با توجه به سررسید اعتبار اسنادی مربوط در قرارداد تعیین می‌شود. سررسید مضاربه صادراتی باید مقدم بر سررسید اعتبار اسنادی صادراتی و یا قرارداد منعقد باشد.

ماده (۳۸۵) قرارداد مضاربه به شرط ارائه مدارک مستند درباره علل تأخیر و براساس مفاد این آیین نامه با تایید واحد امین توسط اداره بانک PLS قابل تمدید است.

از مقایسه مقررات بانکداری فعلی در مقابل بانکداری مشارکتی در خصوص مدت مضاربه به این نتیجه می‌رسیم هر دو اصرار بر رعایت سقف یک ساله مذکور در ماده ۹ دستورالعمل اجرایی مضاربه مصوب ۶۳/۱/۱۹ مصوب شورای پول و اعتبار را دارند لیکن تفاوت عمده ی آن دو در این است که بانکداری فعلی مضاربه را غیرقابل تمدید می‌داند در حالی که بانکداری مشارکتی آن را به شرط ارائه مدارک مستند درباره ی علل تاخیر با تأیید واحد امین ممکن می‌داند، به نظر می‌رسد که این اختلاف از آن نشأت گرفته است در بانکداری فعلی اساس مضاربه بر مبنای سود ثابت و از پیش تعیین شده است که در ابتدا هر سال توسط بانک مرکزی یا عندالقتضاء ادارات مرکزی بانک‌ها به شعب اجبار می‌شود و از آنجایی که تعیین نرخ تسهیلات ارتباط مستقیم با نرخ سرمایه‌گذاری در دوره قبل دارد بنابراین بانک‌ها نمی‌توانند نسبت به تمدید قرارداد مضاربه به دلیل ریسک‌پذیر بودن آن اقدام کنند. توضیح اینکه مثلاً در ۶ ماه دوم سال ۹۱ نرخ سپرده‌گذاری کوتاه مدت شش ماه ۲۰ درصد بود لذا جهت سودآوری بانک ملزم است نرخ تسهیلات را در ابتدا سال ۹۲ حداقل ۲۵ درصد قرار دهد تا علاوه بر جبران هزینه‌ها، سود سپرده‌گذاران را پرداخت کند، حال فرض کنید در ابتدا سال ۹۲ نرخ سپرده‌گذاری ۳۰ تعیین گردیده و اگر قرار باشد بانک تسهیلاتی را که نرخ ۲۵ درصد پرداخت کرده تمدید کند متضرر می‌شود. این در حالی است که از آنجایی در بانکداری مشارکتی اساس پرداخت سود به سپرده‌گذاران بازدهی حقیقی مضاربه می‌باشد و سود متعلقه تابعی از زمان و مبلغ سپرده‌گذار می‌باشد، لذا تمدید آن فاقد اشکال به نظر می‌رسد و بانکداری مشارکتی با تأیید امین (از لحاظ راستی آزمایی و تدقیق در تبحر مجری) اقدام به تمدید مهلت مضاربه می‌نماید.

بخش چهارم: محل درآمد بانک

شهید صدر برای بانک بدون ربا در قرارداد مضاربه دو محل درآمد قائل است:

۱. درآمد ثابت از ناحیه عامل: با این توضیح که بانک بدون ربا واسطه بین صاحب سرمایه (سپرده گذار) و عامل در قرارداد مضاربه است و با این واسطه گری خدماتی به سپرده گذار و خدماتی به عامل ارائه می کند. بانک بدون ربا می تواند در برابر ارائه خدمت به سرمایه گذار اجرت ثابت و معین از او دریافت کند. این اجرت می تواند در حد تفاوت بهره دریافتی و بهرری پرداختی در بانکداری ربوی باشد.

۲. درآمد متغیر از ناحیه سپرده گذار: بانک در جایگاه وکیل سپرده گذار حق دارد در برابر خدماتی که به سپرده گذار ارائه می کند از قبیل حفظ و نگهداری سپرده و یافتن عاملی برای آن، بخشی از سود حاصل از مضاربه که متعلق به صاحب سرمایه است را به صورت حق الوکاله از سپرده گذار دریافت کند.

وی در پیوست شماره ۳ مبنای فقهی مشروعیت گرفتن بخشی از سود سپرده گذار به صورت کارمزد و حق الوکاله را تبیین می کند به نظر می رسد که فلسفه دریافت سود در آیین نامه اجرای مضاربه مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوب شورای پول و اعتبار براساس بند دوم تعریف فوق الذکر می باشد و بانک ما به التفاوت نرخ بهره پرداختی و دریافتی را به عنوان حق الوکاله از ناحیه سپرده گذاران دریافت می دارد و با توجه به جواز فقهی که در خصوص اخذ تضمین از عامل مبنی بر جبران خسارت و اصل مال وجود دارد در نتیجه بانک ها به موجب عقد خارج لازم دیگری به عنوان شرط ضمن عقد خسارتی معادل سود مورد انتظار از مشتری مطالبه می نماید. حتی اگر مضاربه سودآور نبوده که این امر اگرچه از لحاظ قانونی صحیح به نظر می رسد مطمئناً از نظر شرعی و اخلاقی صحیح نمی باشد کما اینکه علی الرغم اینکه مشهور حکم به جواز این شرط می دهند ولیکن فقهای بزرگی همچون شهید صدر می فرمایند: «وجود عنصر ریسک برای صاحب مال و

عدم ضمانت مال به وسیله عامل، شرط اصلی صحت عقد مضاربه است. و بدون آن قرارداد تبدیل به قرض می شود و دیگر مضاربه نیست و کل سود مال عامل است. افزون بر شهید صدر بسیاری از فقیهان نیز شرط ضمان عامل را باعث تبدیل قرارداد به قرض می دانند. و بنا به اعتقاد این دسته از فقیهان با تبدیل مضاربه به قرض صاحب سرمایه حقی در سود ندارد و دریافت سود در حکم ربا است.

بخش پنجم: پرداخت سود به سپرده گذاران

انگیزه اصلی سپرده گذاران کسب سود می باشد. لذا بر همین اساس به بررسی پرداخت سود به سپرده گذاران در ذیل می پردازیم.

الف) پرداخت سود به سپرده گذاران در بانکداری فعلی

چنان که گذشت در بانکداری فعلی سود سپرده گذاران براساس نرخ ثابت که توسط شورای عالی پول و اعتبار هر ساله مشخص می گردد و پرداخت می شود و پرداخت سود سپرده گذاران منوط به سودآوری بانک نیست و علاوه بر این مطابق ماده ۱۲ فصل دوم آیین نامه اجرایی بانکداری بدون ربا بانک ها می تواند اصل سپرده ها را تضمین کنند همین امر موجب شده تا تعدادی از متشرعین معتقد به ربوی بودن این نوع سپرده ها باشند زیرا فارغ از تضمین اصل سپرده که در بانکداری مشارکتی نیز صورت می گیرد، تعیین نرخ سپرده از عوامل ربوی بودن سپرده می باشد. ب) پرداخت سود به سپرده گذاران در بانکداری مشارکت در سود و زیان از جمله تفاوت های بانکداری مشارکت در سود و زیان PLS و بانکداری متعارف نیز در همین امر است. مطابق ماده ۳۹۰ پیش نویس آیین نامه اجرای بانکداری مشارکت در سود و زیان PLS پرداخت سود به سپرده گذاران براساس «سهم الشریکه زماندار» (منتج از مبلغ اسمی و مدت مشارکت) گواهی های مضاربه صادر شده برای هر طرح می باشد. بنابراین ضمن رفع شبهه ربوی بودن با عدم تعیین نرخ در ابتدا منافع حاصل از مضاربه را دقیقاً منطبق با تعریف فقها و شراکت در سود و زیان پرداخت می کند علاوه بر این با توجه به وضعیت

اقتصادی کنونی که در وضعیت تورمی می‌باشد و راکد ماندن پول موجب کاهش ارزش آن می‌باشد و با قرار دادن قید مدت از کاهش ارزش پول جلوگیری و باعث انگیزه سپرده‌گذاران جهت شرکت در یک سرمایه‌گذاری مشروع می‌شود. بنابراین مشخص می‌شود در بانکداری مشارکتی درآمد ثابت و از پیش تعیین نشده نیست و بستگی به میزان توفیق سرمایه‌گذاری و بنگاه اقتصادی دارد. علاوه بر این در بانکداری متعارف بهره از روز سپرده‌گذاری تعلق می‌گیرد. در حالی که بانکداری مشارکت در سود و زیان (PLS) سپرده باید به سرمایه‌گذاری تبدیل شود تا بعد از آن سود تعلیق گیرد. نظری که مرحوم شهید صدر در کتاب البنك اللاربوی فی الاسلام سخت به آن معتقد بود. لذا مشخص می‌شود منظور از تسهیم سود در بانکداری متعارف تقسیم سود بین بانک و عامل می‌باشد سود سپرده‌گذاران بر اساس نرخ بهره بانک مرکزی پرداخت می‌شود. ولیکن در بانکداری مشارکتی منظور تقسیم سود بین عامل و سپرده‌گذاران می‌باشد که این امر خود دلیل غیر ربوی بودن این عقد در قالب مشارکت سود و زیان PLS است.

بخش ششم: اخذ وثایق

منظور از اخذ وثایق تضمیناتی است که بانکها در زمان پرداخت تسهیلات از وامگیرندگان اخذ تا در صورت عدم بازپرداخت بتوانند از آن محل نسبت به جبران خسارت اقدام کنند.

الف) اخذ وثایق در بانکداری متعارف براساس ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوب شورای پول و اعتبار بانکها موظفند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح از عامل تامین کافی اخذ کنند. با بررسی که در بانک ملی صورت گرفته است بانکها در زمان پرداخت تسهیلات، تضمینات را براساس مارژ ۷۰٪ اخذ می‌کنند. به این معنی که ۷۰٪ تضمینات دریافتی را تسهیلات می‌پردازند تا در صورت ورود زیان تضمینات اصل و فرع تسهیلات را پوشش دهد. در حالی که مطابق صریح ماده مذکور بانکها

صرفاً جهت جبران خسارات اصل تسهیلات مجاز به استفاده از تضمینات می‌باشد.

ب) اخذ وثایق در بانکداری مشارکتی

در بانکداری مشارکت در سود و زیان PLS اخذ تضمینات در بند ۲ ماده ۳۹۲ آیین‌نامه ذیل عنوان وظایف مجری آورده است و شرایط آن را در فصل ۶ آیین‌نامه توضیح داده است. با مطالعه فصل ۶ آیین‌نامه به این نتیجه می‌رسیم که در بانکداری مشارکتی ۲ (ماده ۱۰۷ آیین‌نامه) نیز مانند بانکداری متعارف جهت بازگشت اصل منابع موضوع مشارکت و سود مورد انتظار ارائه وثایق و تضمینات کافی و معتبر توسط مجری الزامی است. لیکن در اینجا به نظر می‌رسد وضعیت فعلی بازار پولی و بانکی و وجود بدهکاران عمده که بعضاً دارای سئویت می‌باشند موجب وضع این ماده شده است و اگرچه چه دلیلی دارد برای قراردادی که در آن شراکت در سود و زیان حرف اول را می‌زند تضمین و وثیقه گرفت، در خصوص تضمین اصل سپرده، سپرده‌گذاران با توجه به ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه و حفظ حقوق سپرده‌گذاران می‌توان توجیه نمود که وضع این ماده به جهت اجرای حکم اهم باشد ولی در خصوص سود مورد انتظار به نظر اینجانب توجیهی وجود ندارد. زیرا در حالی که قرار است سود مورد انتظار از معادلات بانکی حذف و به جای آن سود واقعی مبنای محاسبه قرار گیرد دیگر دریافت تضمینات بابت چیزی که هنوز مشخص نیست عقلانی به نظر نمی‌رسد. غیر از آنکه معتقد باشیم بر اینکه عرف حاکم بر نظام بانک موجب وضع این ماده شده است که می‌بایست اصلاح گردد.

نتیجه گیری

بانکداری مشارکت در سود و زیان، روش بانکداری نوین اسلامی است که معضلات نظری و اجرایی بانکداری ایران را بررسی و بر مبنای آخرین دستاوردهای فنی و علمی راه حلی های قانونی و اجرایی برای آن ارائه میدهد. با بررسی مطالب ارائه شده نتایج بدست آمده عبارت است از:

حیله‌هایی که برای فرار از ربای در عملیات بانکی به کار می‌رود حکم به بطلان آن می‌شود و به کارگیری آن جایز نمی‌باشد. و اگر بانک به عنوان یک نهاد مالی، اقدام به عملیات فنی مالی و مشارکت در طرح‌های اقتصادی نماید، پس خود یک بنگاه اقتصادی است که می‌تواند منابع سپرده‌های را اخذ و سپرده‌گذاران را در سود خود شریک نماید و نرخ بهره را از پیش شرط ننماید و در پایان دوره سود بانک را به نسبت سهم سپرده‌گذاران بین آنان تسهیم نماید. الگوی پیشنهادی در این تحقیق به واسطه استفاده از «شرکت»، «دارای مزیت عدالت توزیعی مشارکت است، اگر این الگو درست به مرحله اجرا در آید امید است حتی به لحاظ مفهومی نیز «ریا» و «بهره» از جامعه رخت بربندد. طبق الگوی پیشنهادی، بانک به عنوان عامل شرکت در اقتصاد واقعی، حضور دارد و یک واسطه‌گر مالی می‌باشد، رفتار یک سرمایه‌گذار و عامل اقتصادی را از خود نشان می‌دهد. همچنین بانک نتایج فعالیت اقتصادی انجام شده را پس از کسر سهم خود، به عنوان عامل، بین تمام مشارکت‌کنندگان تقسیم می‌کند. واحد امین در بانکداری مشارکتی در واقع رابط بین مجری و بانک می‌باشد به عبارتی رابطه او با مجری در داشتن اسرار و اطلاعات طرح امانت است و رابطه او با بانک در نظارت حسن اجرای طرح و کالت است که علیرغم اینکه این نهاد برای بار اول به بانکداری ایران وارد می‌شود ضمن موافقت با قوانین، بسیاری از ایراداتی را که بر بانکداری متعارف بواسطه عدم وجود نظارت من جمله انحراف تسهیلات از هدف اعطای آن وارد است را مرتفع می‌کند.

الف) منابع فارسی

- ۱- اداره کل آموزش بانک ملی ایران «حقوق بانکی
- ۲ «، انتشارات بانک ملی ایران، ۱۳۸۹. ۲- اقبال، منور، «چالش های پیشروی بانکداری اسلامی»، ترجمه (حسین میسمی؛ مسلم بمانپور)، انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۹.
- ۳- بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، «ربا و پیشینه تاریخی آن»، ۱۳۸۱.
- ۴- بید آباد، بیژن؛ محمود اللهیاری، «طرح تفصیلی بانکداری مشارکت در سود و زیان»، انتشارات بانک ملی، ۱۳۸۹.
- ۵- توتونچیان، ایرج، «پول و بانکداری اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه داری»، نشر توانگران، ۱۳۸۹.
- ۶- جعفری، علی، «اصول و مبانی سرمایه گذاری در بورس اوراق بهادار»، چاپ چهارم، انتشارات کیومرث، ۱۳۹۰.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، ج ۵ انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۸- جعفری، مسعود، «بانکداری داخلی ۲»، انتشارات قلم مهر، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- ۹- خامنه ای، سید علی، «رساله اجوبه الاستفتائات»، انتشارات بین المللی الهدی، ۱۳۸۱ ه. ش.
- ۱۰- خمینی، روح الله موسوی، «تحریر الوسیله»، ترجمه سید محمد باقری موسوی همدانی، نشر دارالعلم، ج ۱، ۱۳۷۴.
- ۱۱- شمس، عبدالله، «آئین دادرسی مدنی» ج ۳، نشر دراک، ۱۳۸۷.

۱۲- صدر زاده افشار، محسن، «آئین دادرسی بازرگانی»، انتشارات جهاد دانشگاهی تهران، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.

۱۳- عاملی، زین الدین بن علی، «شرح لمعه»، ترجمه و تبیین (علی شیروانی) ج ۷، انتشارات دارالعلم، قم، ۱۳۸۳.

۱۴- عیدالله، محمد، «مهندسی مالی اسلامی»، ترجمه (مسلم بمانپور؛ سجاد سیفلو)، انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۸.

۱۵- کاتوزیان، ناصر، «دوره عقود معین»، شرکت سهامی انتشار، جلد چهارم، ۱۳۸۵.

ب) منابع عربی

۱- البحرانی، یوسف، «الحدائق الناطره»، جلد ۲۰، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۳۶۳ ه. ش. ۲-
الجواهری، حسن محمد تقی، «الربا فقہیا و اقتصادیا»، دارالمرتضی، بیروت، ۱۴۰۸ ه. ق. ۳-
حصین، عبدالرحمن، «البعث الاسلامی»، مجلد ۳۳، شماره ۷.

۲- الزرقاء، مصطفی، «المشکلات العصریه فی میزان الشریعه الاسلامیه، البعث الاسلامی»، مجلد ۱۲، شماره ۱۱.

۳- السنهوری، عبدالرزاق، «مصادر الحق فی فقه اسلامی»، جلد سوم، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ ه. ق.



مرکز آموزش علمی-کاربردی
سازمان همیاری شهرداری های
ایران



بنیاد علمی قانون یار برگزار می کند
با همکاری و حمایت معنوی
مرکز آموزش علمی-کاربردی سازمان همیاری شهرداری های استان اصفهان

همایش ملی

علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی



پایگاه های نمایه کننده مقالات همایش

Sponsored and Indexed by
CIVILICA
We Respect the Science

T
PBIN.com
Sponsored And Indexed

مجموعه های ایران
symposia

CONF
PAPER

مجله علمی-پژوهشی
فقه و حقوق اسلامی
www.olomensani.ir

مجموعه های ایران
فقه و حقوق اسلامی
www.olomensani.ir



۱۵ بهمن ماه ۱۳۹۸
اصفهان سالن اجلاس دانشگاه



جهت چاپ مقالات خود در دیگر همایش های قانون یار
گایست فایل word مقاله خود را به همراه
شماره تماس به آدرس ایمیل زیر ارسال نمایید
phdsara@yahoo.com
ارسال مقاله در واتس آپ یا تلگرام به شماره
09100636002
همایش های علمی و پژوهشی، هر ساله در دو نوبت برگزار می شود

دبیرخانه همایش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، کوچه مینا، پلاک ۲۹، طبقه سوم
واحد مشاوره ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹ - ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۲۶ - واحد صدور مدرک ۰۲۱۴۴۴۴۱۷۶۴

www.olomensani.IR