

نقش بانک‌ها در ایجاد سپرده گذاری سود دهی در نظام حقوقی کشور

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۱۱/۲۲ ، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۲/۲۰)

حامد افشار

چکیده

امروزه بانک‌ها از ضروریات جامعه بشری و یکی از ارکان اقتصادی کشورها به حساب می‌آیند که مهم‌ترین اعمال بانکی که در واقع منبع اصلی درآمد بانک‌ها است و در اقتصاد کشور نیز نقش مؤثر دارد، پذیرش سرمایه‌های مردم و ذخیره آنها است؛ از این رو تعیین ماهیت سپرده‌های بانکی در بانک‌داری اسلامی جهت حلیت داد و ستدهای بانکی، و سودهای پرداختی از سوی بانک‌ها به مشتریان، یک امر ضروری می‌باشد تا هم مشرّعان از این جهت آسوده خاطر باشند، هم فقها و حقوقدانان در تطبیق این سپرده‌ها، بر عقود اسلامی به نتایج مطلوب و روشنی برسند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۲۳۳

فصلنامه مطالعات فقهی بانکی - دوره دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۸



واژگان کلیدی: بانک، سپرده گذاری، وام، قرض، نظام بانکی، بانک مرکزی

بخش اول: انواع و شرایط و ماهیت سپرده گذاری

در واقع منابع بانک ها به دو شکل منابع مالکانه شامل سرمایه و اندوخته ها و منابع استقراضی شامل سپرده ها تأمین می شود. از آن جایی که منابع مالکانه در سیستم بانکی بخش نسبتاً کوچکی از منابع را تشکیل می دهند، تجهیز اصلی منابع، بیشتر از طریق سپرده های بانک "سپرده های مردمی" شکل می گیرد. از آن جا که لازمه ی رشد اقتصادی انباشت سرمایه هایی است که از طریق تجمع پس انداز خانواده و بنگاههای اقتصادی حاصل می شود یکی از منابع تجهیز پس انداز، سپرده های بانکی است که موتور محرکه ی رشد اقتصادی محسوب می شود. لذا سپرده ها از مهم ترین منابع بانک ها به شمار می آید و بدون آن موجودیت بانک قابل توجیه نمی باشد. معمولاً اعطای تسهیلات از محل سپرده ها تأمین می شود و به عبارت دیگر سپرده ها قدرت وام دهی بانک را افزایش می دهند.

بند اول : انواع سپرده

سپرده های بانکی صرفنظر از نوع آن ها اغلب به یکی از سه طریق زیر ایجاد می شود.

اول - سپردن وجه نقد به بانک از طریق صاحبان حساب ها

دوم - واگذاری چک و سایر اسناد اعتباری مشابه به بانک برای وصول و منظور کردن وجه حاصل در حساب های مربوطه

سوم - ایجاد اعتبار به نفع افراد به وسیله بانک و واریز تسهیلات به حساب آن ها.

به سپرده هایی که از طریق پرداخت وجه نقد یا واگذاری چک ایجاد می شود سپرده های اصلی و به سپرده هایی که از طریق واریز تسهیلات ایجاد می شود سپرده های فرعی یا مشتق می گویند. سپرده های بانکی نشان دهنده ی بدهی های بانک به مشتریان است که به دو دسته تقسیم می شوند:

اول - سپرده های دیداری

دوم - سپرده های غیر دیداری

سپرده های دیداری یا سپرده های جاری عینا مانند وجه نقد قابلیت نقل و انتقال داشته و دارند و سپرده های غیر دیداری به سپرده هایی اطلاق می شود که قابلیت نقل و انتقال نداشته و به وسیله سپرده گذار به وجه نقد تبدیل می شود. (مهدی غفاری ، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع، ص ۱۰۶).

جدای از ماهیت سه نوع سپرده که ابتدا ذکر گردید اشکال سپرده ها بسیار زیاد و متنوع می باشد که ذیلا به آنها می پردازیم.

الف - سپرده های قرض الحسنه ای که شامل دو نوع جاری و پس انداز می باشد .

ب _ سپرده های سرمایه گذاری مدت دار که خود به سپرده های سرمایه گذاری کوتاه مدت و سپرده های سرمایه گذاری بلند مدت تقسیم می شود. (همان منبع ، ص ۱۰۶).

ج - سپرده ی قرض الحسنه ی جاری که ۲۱ نوع می باشد که در ادامه به آن ها اشاره خواهد شد:

۱- گشایش حساب جاری برای اشخاص

۲- گشایش حساب جاری برای ایرانیان مقیم کشورهای بیگانه

۳- حساب جاری برای اتباع کشورهای بیگانه

۴- افتتاح حساب جاری برای معلولان ، روشندان و بی سوادان

۵- گشایش حساب جاری مشترک

۶- افتتاح حساب جاری برای کارکنان دولت

۷- گشایش حساب جاری برای اشخاص حقوقی

۸- حساب جاری به نام شرکت در شرف تأسیس



- ۹- حساب جاری به نام شرکت های رسمی به ثبت رسیده
- ۱۰- حساب جاری برای انجن های ثبت شده
- ۱۱- حساب جاری برای مدارس غیر انتفاعی
- ۱۲- حساب جاری برای انجمن های ثبت نشده
- ۱۳- حساب جاری برای شوراهای شهر و روستا
- ۱۴- حساب جاری برای شرکت های تعاونی شهری
- ۱۵- حساب جاری برای اشخاص حقوقی خارجی
- ۱۶- گشایش حساب جاری برای بانک های داخلی
- ۱۷- گشایش حساب جاری برای دستگاه های دولتی
- ۱۸- حساب جاری برای شرکت های دولتی
- ۱۹- حساب جاری برای مؤسسات دولتی و وزارتخانه ها
- ۲۰- حساب جاری برای شهرداری ها
- ۲۱- حساب جاری برای سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور (مهدی غفاری ، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع، ص ۱۰۷).

بند دوم : سپرده ثابت

- ۱- سپرده های سرمایه گذاری کوتاه مدت ، که معمولا سپرده گذار سپرده خود را برای کمتر از یک سال در بانک می سپارد که اکثرا شش ماهه می باشد و البته با سود و بهره مشخصی است که برای مدت محدود سپرده گذاری می شود.

۲- سپرده های بلند مدت که معمولاً سپرده گذار سپرده خود را برای مدت بیشتر از یک سال سپرده گذاری می کند و قبل از مدت یک سال یا بیشتر سپرده قابل برداشت نیست و سود و بهره بیشتری به این نوع سپرده ها تعلق می گیرد.

علت این که به سپرده های ثابت بلند مدت سود بیشتری از سپرده های کوتاه مدت تعلق می گیرد آن است که بانک ها از سپرده های بلند مدت و ثابت به عنوان تجهیز منابع بانکی خود استفاده می کنند و هر چه منابع بلند مدت ثابت بانک ها بیشتر باشد بانک ها از منابع و توانایی بیشتری برای تخصیص اعتبارات و تسهیلات برخوردار خواهند بود و در واقع متقاضیان بیشتر برای اخذ تسهیلات در قالب های مختلف عقود مراجعه می کنند و بانک ها با آن ها قراردادهای متنوع تری می بندند و سود بیشتری نصیب بانک می شود.

بند سوم : سپرده جاری

سپرده های جاری سپرده ای است که هیچ مدتی برای سپرده گذاری در آن ذکر نشده است و از زمان افتتاح حساب به مدت بی نهایت می باشد و تا زمانی که برای صاحب حساب مشکل قانونی حادث نشود آن حساب فعال می باشد. حساب سپرده های جاری هیچ سود و هیچ جایزه ای به آن تعلق نمی گیرد و سپرده صاحب حساب در بانک به صورت امانت می باشد و صاحب حساب هر زمان که اراده نماید با صدور چک با هر مبلغی که در حساب موجود باشد می تواند از حساب خارج نماید و یا به حساب شخصی ثالث انتقال دهد و یا اجازه دهد که اشخاصی ثالث یا حقوقی از حساب مذکور برداشت نمایند. بنابراین با توجه به اوصاف حساب جاری مشخص است که بانک ها برای تجهیز منابع خود از آن کمتر استفاده می کنند. چون هر لحظه و هر زمان امکان دارد صاحب حساب ارادین نماید و یا چک صادر کرده باشد که مبلغ مشخصی را از حساب خارج نماید پس حساب جاری سپرده ای نیست که بانک ها برای تجهیز منابع خود بتوانند به آن اعتماد نمایند و یا برای اعطای تسهیلات از آن منبع استفاده کنند. در واقع بانک ها نسبت به صاحبان حساب جاری در حکم امین هستند که امانتدار خوبی به حساب می آیند و صاحب حساب از وصف امانتداری بانک ها راضی هستند، به همین خاطر



بعضی مواقع مبالغ بسیار بالایی را شاید برای مدت زیادی در بانک سپرده کنند و هیچ حکمی صادر نکنند و یا شرایط صدور چک در بازار فراهم نباشد ولی مبالغ مذکور همچنان در حساب باقی می ماند و بانک هم کمتر از آن بهره می برد.

بخش دوم: شرایط سپرده گذار

درخواست کنندگان گشایش حساب جاری در بانک باید بر طبق ضوابط قانونی، ۱۸ سال تمام داشته و بالغ و عاقل باشند. همچنین داشتن سواد و داشتن معرف و اخذ استعلام از بانک مرکزی از شرایط لازم برای افتتاح حساب جاری می باشد و همچنین ارائه کارت ملی الزامی است و علاوه بر آن متعاملین باید اهلیت داشته باشند و اهلیت هم دو نوع است؛ اهلیت تمتع، که با تولد به دست می آید و اهلیت استیفا، که همان اهلیت قانونی است که پس از حصول رشد و رفع حجر حاصل می شود و برای این که متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند. (مهدی غفاری، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع، ص ۱۱۳).
اقامتگاه متقاضی: نشانی منزل یا محل کار خود را با رعایت ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی (اقامتگاه هر شخصی عبارت است از محلی که شخص در آن جا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب می شود (قانون مدنی، ماده ۱۰۰۲)) را روی کارت ثبت و نام یک را به عنوان معرف در محلی که تعیین شده است در کارت قید می نماید. متقاضی و معرف کارت را امضا می کنند و برگ شرایط عمومی حساب جاری بانک را با دقت خوانده و امضا می کنند. (همان منبع، ص ۱۱۴).

معرف: معرف باید کسی باشد که مورد اعتماد بانک بوده و یا از مشتریانی باشد که برای مدتی نزد بانک حساب های جاری داشته و بانک از معاملاتی که با او کرده است او را صالح و مورد اعتماد تشخیص داده باشد، زیرا بانک باید مطمئن باشد که شناخت کلی نسبت به شخصی که در بانک حساب باز می کند دارد تا بعدا اشکالی برای بانک ایجاد نکند. زیرا در

بعضی موارد اتفاق افتاده که اشخاص ناباب با استفاده از دسته چک زیان هایی متوجه بانک و دیگران کرده اند ، هرچند معرف مسئولیت مالی ندارد ، لیکن اخلاقاً مسئول است.

سوابق بانکی مشتری : متصدی گشایش حساب جاری باید مطمئن شود که درخواست کننده ی حساب جاری بر طبق ماده ۲۱ قانون صدور چک محروم از گشایش حساب جاری نیست . یعنی متقاضی با استعلام از بانک مرکزی ، سابقه صدور چک بی محل نداشته باشد . (همان منبع ، ص ۱۱۳ تا ۱۱۵)

بند اول: سپرده گذار در نظام حقوقی اسلامی

از نظر فقه اسلامی ، مبالغی که در بانک های ربوی واریز می شوند ، نه سپرده از نوع کامل و نه ناقص هستند. بلکه قرض هایی که به طور دائمی و یا در مدت مشخص باید پرداخت شوند . زیرا مالکیت مشتری بر پول با گذاشتن آن در نزد بانک پایان می یابد و بانک به طور مطلق می تواند در آن دخل و تصرف کند ، لذا این موضوع با ماهیت سپرده هم خوانی ندارد . به مبالغی که بانک دریافت می کند به این دلیل سپرده گفته می شود که از نظر تاریخی در آغاز به شکل سپرده بودند اما با پیشرفت تجربه ها و گسترش فعالیت های بانک ، به قرض تبدیل شدند . لذا مبالغ به شکل سپرده بودند اما با پیشرفت تجربه ها و گسترش فعالیت های بانک ، به قرض تبدیل شدند . پس در نتیجه مبالغ مزبور هرچند که فاقد محتوای فقهی سپرده هستند اما از نظر اسمی نام سپرده را برای خود حفظ کرده اند. (سید محمد باقر صدر ، بانک بدون ربا ، ص ۱۵۰). موضع گیری بانک بدون ربا نسبت به سپرده هایی که بانک های ربوی دریافت می کنند بر مبنای تفاوت قائل شدن میان سپرده های در گردش و ثابت مبنی است . بانک بدون ربا سپرده های در گردش را به عنوان قرض می پذیرد . بدون این که بهره ای به آن ها بپردازد اما سپرده های ثابت را به عنوان سپرده به معنی فقهی آن می پذیرد . البته بانک ها سپرده ها را فقط به عنوان امانتی که مسئولیت حفظ آن ها را بر عهده دارد تحویل نمی گیرد ، بلکه علاوه بر جنبه سپرده گذاری ، سپرده گذار به بانک و کالت می دهد که بر مبنای قرارداد مضاربه در اموال وی دخل و تصرف کند. بنابراین این گونه است که محتوی فقهی پذیرش



سپرده ها از مشتریان ، توسط بانک بدون ربا با توجه به در گردش بودن و ثابت بودن آن ها فرق می کند. (همان منبع ، ص ۱۵۱).

بند دوم : تحلیل جایگاه سپرده گذار در نظام بانکداری اسلامی

آن چه به نظر می رسد واژه سپرده ، ترجمه عقد ودیعه است که ماهیت آن نیابت گرفتن در حفظ است ، یعنی طبق عقد ودیعه مالش را به قابل می سپارد و او را نایب می گیرد که مالش را حفظ کند . موجب را مودع و امانت گذار نامند و قابل را مستودع امانت دار می نامند . ودیعه عقدی اذنی غیر معاوضی و امانی است یعنی امانت گذار به امانت دار اذن می دهد که امانت دار بدون آن که عوضی بدهد و تعهد داشته باشد مال او را نگهداری کند. سؤالی که به ذهن تداعی می شود این که آیا بانک در سپرده پذیری تنها یک امانت دار محض است یا این که عملیات دیگری نیز انجام می دهد و اگر انجام می دهد مبنای حقوقی آن چیست؟ (سید محمد باقر صدر ، بانک بدون ربا ، ص ۶۶). مطابق تبصره بند ب ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا در سپرده های سرمایه گذاری مدت دار در واقع سپرده گذار به بانک وکالت می دهد که به عنوان امین از سپرده ها نگهداری کند و در امور مشارکت ، مضاربه ، اجاره به شرط تملیک و معاملات اقساطی و مزارعه و مساقات و سرمایه گذاری مستقیم و جعاله و سلف مورد استفاده قرار دهد تا از طریق این اعمال حقوقی طی مدت معین برای بانک و سپرده گذاران سود حاصل شود و منافع حاصل بر اساس قرارداد منعقد شده متناسب با مدت و مبالغ سپرده های سپرده گذاران و رعایت سهم منافع بانک به نسبت مدت و مبالغی که در کل وجوه به کار گرفته شده در این عملیات تقسیم خواهد شد. (همان منبع ، ص ۶۷) بنابراین با توجه به شرح فوق الذکر مشخص شد جایگاه سپرده گذار در نظام بانکی اسلامی به عنوان موکل بوده که بانک را به عنوان وکیل خود در سرمایه گذاری و نگهداری مطمئن وجوه انتخاب کرده و بانک علاوه بر سهم خود در سرمایه گذاری مبلغی هم به عنوان حق الوکاله و دستمزد عمل از سپرده گذاران دریافت می نماید.

بند سوم : تضمین سپرده

در بانک بدون ربا می توانیم سپرده را برای سپرده گذار تضمین کنیم ، نه از طریق قرض گرفتن سپرده از سپرده گذار توسط بانک ، کما این که در بانک های ربوی انجام می شود و نه از طریق ضامن قرار دادن عامل ، زیرا از نظر شرع ضامن شدن عامل عقد مضاربه جایز نیست ، بلکه از این طریق که بانک به عنوان شخص حقوقی ضامن سپرده می شود و در صورت زیان پروژه ، جبران آن را تعهد می نماید که در این موضوع هیچ گونه منع شرعی وجود ندارد زیرا آن چه جایز نیست این است که عامل خود سرمایه را ضمانت کند . در این جا بانک ، سرمایه سپرده گذاران را تضمین می کند زیرا بانک به عنوان عامل در قرارداد مضاربه شرکت نمی کند تا تضمین سرمایه توسط او حرام تلقی گردد . بانک تنها میان عامل و سرمایه نقش واسطه را ایفا می کند و به همین دلیل می تواند به عنوان طرف سوم به طور داوطلبانه سپرده صاحب حساب سرمایه را تضمین کند . در واقع بانک این تضمین را به گونه ای برای خود مقرر می دارد که شرعا نیز متعهد به آن باشد. (سید محمد باقر صدر ، بانک بدون ربا ، ص ۱۰۵) بنابراین اولین عنصر از عناصر سه گانه که در دارندگان سپرده برای سپرده گذاری ایجاد انگیزه می کند تضمین سپرده است که بدین طریق ایجاد می شود و افراد حقیقی و حقوقی با ضریب اطمینان بالاتر برای سپرده گذاری تمایل از خود نشان می دهند و دیگر سپرده گذاران را تشویق به این نوع سپرده گذاری می نمایند. ابتدا برای روشن شدن مبنای تضمین سپرده نسبت به بهره و سود و ربوی شدن آن مطالبی بیان می شود که در ادامه آن با نمونه و مثال های مطرح شده مبنای تضمین سپرده هم آشکار خواهد شد. البته با بهره گیری از مباحث فقهی ، بهره در صورتی در حرام است که منجر به ربوی شدن قرض شود و قرض ربوی حرام است اما اگر فرآیند را از قرض به چیز دیگری تبدیل کنیم ، در این صورت بهره ، ربای قرضی نخواهد بود و دریافت بهره مجاز خواهد بود. البته تبدیل فرآیند از قرض به چیز دیگر در صورتی امکان پذیر است که بتوانیم دو حالت ذیل را از یکدیگر تفکیک کنیم :

حالت اول : اگر فرض کنیم زید ۱۰ دینار به خالد بدهکار است و باید آن را بپردازد ، او به بانک آمده و جهت پرداخت بدهی خود ، ۱۰ دینار قرض می گیرد.



حالت دوم: زید مذکور با بانک تماس گرفته و از آن می خواهد تا بدهی اش را بپردازد و ۱۰ دینار را که بر عهده دارد به خالد پرداخت کند.

در هر دو مورد نتیجه یکی است زیرا زید نسبت به طلبی که خالد از او می خواهد بری الذمه می شود و ۱۰ دینار به بانک بدهکار می شود، اما تفاوت فقهی میان دو حالت یاد شده در آن است که زید، در مورد اول از طریق بانک مالک ۱۰ دینار می شود و به همین اندازه بدهکار می شود و این معنی قرضی است. قرض به معنای انتقال مالکیت بر مبنای ضمانت است. اما در مورد و حالت دوم، زید مالک چیزی نیست و فقط به دلیل بازپرداخت بدهی اش از سوی بانک، به طور ابتدایی مشغول الذمه بانک می گردد و بانک در واقع از دارایی خاص خود بدهی زید را تلف می کند و می پردازد و از آن جایی که این پرداخت بدهی بر مبنای دستور زید انجام گرفته است به همین دلیل وی باید قیمت پرداخت شده از سوی بانک را تضمین کند. ۱۰ دیناری که بانک به طلب کار زید داد در مالکیت وی قرار نگرفت زیرا پرداخت بدهی شخصی با استفاده از دارایی دیگری موضوع قابل قبولی است. لذا این بدان معناست که در حالت دوم قرضی انجام نگرفته است، بلکه فقط دستور پرداخت بدهی بر مبنای تضمین مبلغ پرداخت شده صورت گرفته است. بنابراین اگر زید به بانک تعهد بدهد که افزودن بر مبلغ پرداخت شده به طلبکار، به بانک بپردازد. در این جا این مبلغ اضافی دیگر قرض ربوی محسوب نمی شود زیرا تضمین صورت گرفته تضمین قرضی نیست بلکه تضمین به دلیل صدور دستور پرداخت بدهی است. به عبارت دیگر ربای حرام، تنها در معامله ای همچون قرارداد قرض یا فروش یا صلح انجام می گیرد و تضمین غرامت یا خسارت بر مبنای دستور فرد بدهکار به بانک، در درون خود در بردارنده مالکیت بر اساس معامله نیست و به همین دلیل ربای حرام در مورد آن صدق نمی کند و در این جا بهره مقرر شده از سوی بدهکار برای بانک ربوی حرام نیست. (سید محمد باقر صدر، بانک بدون ربا، ص ۲۲۵ و ۲۲۶) زیرا این نوع پرداخت بدهی بر مبنای تضمین مبلغ بدهی از سوی بدهکار نزد بانک پرداخت کننده صورت گرفته است و فقها چنین پرداخت هایی را در چارچوب عقود اسلامی می دانند و پرداخت سود در چنین قالبهایی را بدون اشکال شرعی می دانند و توصیه بر آن دارند.

بخش سوم: تضمینات سپرده در نظام بانکی

بر اساس ماده ۶۸۴ قانون مدنی « عقد ضمان عبارتست از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد» ضمانت کننده را ضامن ، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی گویند (قانون مدنی ، ماده ۶۸۴) و مطابق ماده ۶۹۸ قانون مدنی « ضمان همان نقل ذمه بر ذمه است » (همان منبع ، ماده ۶۹۸) و همچنین ماده ۲۴۹ قانون تجارت ضم ذمه به ذمه را پذیرفته شده است. (قانون تجارت ، ماده ۲۴۹) در بند ۵ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا ، صدور تأیید و قبول ضمانت نامه های ارزی و ریالی برای مشتریان از جمله عملیات بانکی مجاز معرفی شده است. (مهدی غفاری ، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع ، ص ۳۳۹ و ۳۴۰). بنابراین بانک ها در قبال واثق ذمه ای مثل سفته و برات و یا واثق عینی مثل کالا ، مستندات ، اوراق بهادار ضامن مشتریان خود می شوند که اگر مشتری (مضمون عنه یا مدیون اصلی) طبق تعهدات و شرایط مندرج در ضمانت نامه ایفای تعهد نکند ، معادل وجه الضمان ذکر شده در ضمانت نامه بدون اقامه دلیل و اثبات ادعا و به محض اولین مطالبه کتبی یا درخواست ذی نفع (مضمون له) پرداخت نماید. لذا قانون مدنی در ماده ۱۰ بیان می کند « قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. » (قانون مدنی ، ماده ۱۰) معهدا بانک ها می توانند در هر مورد که منع قانونی وجود نداشته باشد بنابر درخواست کتبی متقاضی ضمانت نامه های بانک به صورت غیر قابل انتقال صادر کنند. که ضمانت نامه های مورد استفاده در بانک ها به شرح ذیل است :

- ضمانت نامه ی شرکت در مناقصه یا مزایده

- ضمانت نامه ی انجام تعهدات

- ضمانت نامه ی پیش پرداخت

- ضمانت نامه ی استرداد کسر وجه الضمان



- ضمانت نامه های گمرکی (ترخیص کالا) (سید محمد باقر صدر ، بانک بدون ربا ، ص ۳۳۹ تا ۳۴۱).

الف) ضمانت نامه شرکت در مناقصه یا مزایده

مؤسسات حقوقی اعم از دولتی و خصوصی ، خرید مایحتاج عمده و فروش وسایل و لوازم مازاد بر احتیاج خود و همچنین انجام طرح های ساختمانی و سایر موارد مشابه را با درج آگهی رسمی در جراید پر شمار و در روزنامه های محلی از طریق مناقصه و مزایده و ضوابط انجام می دهند تا بتوانند اجرای طرح ها و خرید لوازم و اموال مورد نیاز خود را با کمترین هزینه و فروش لوازم و اموال مازاد بر احتیاج خود را با بیشترین قیمت از طریق داوطلبان شرکت در مناقصه و مزایده به انجام برسانند . این گونه مؤسسات به منظور جلوگیری انصراف داوطلبان در قبول مناقصه یا مزایده از آنان برای شرکت در مناقصه یا مزایده ضمانت نامه بانکی مطالبه می کنند . مدت این ضمانت نامه ها محدود بوده و پس از پایان مهلت تعیین شده در آگهی مناقصه و مزایده و اعلام اسامی برندگان فقط ضمانت نامه صادر و به نام شخصی برنده مورد استفاده قرار گرفته و بقیه ضمانت نامه ها ابطال می شود(سید باقر صدر ، بانک بدون ربا، ص ۳۴۱).

ب) ضمانت نامه انجام تعهدات

با توجه به موارد یاد شده در صدور ضمانت نامه شرکت در مناقصه یا مزایده ، پس از این که برنده مناقصه یا مزایده مشخص شده برای اجرای طرح و ایفای تعهدات توسط برنده ، قرارداد جدیدی بین کارفرما و برنده مناقصه یا پیمانکار منعقد می گردد . کارفرما به منظور اطمینان از حسن جریان کار ضمانت نامه دیگری که معمولاً مبلغ آن درصدی از مبلغ پیمان را شامل می شود از برنده مناقصه یا پیمانکار مطالبه می کند . ضمانت نامه صادره اجرای صحیح مفاد قرارداد توسط پیمانکار را مطالبه می کند. (مهدی غفاری ، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع ، ص ۳۴۲). ضمانت نامه صادره، اجرای صحیح مفاد قرارداد توسط پیمانکار را در مقابل کارفرما تعیین می کند و احتمال دارد به دلایل مختلف برنده مناقصه یا مزایده (پیمانکار)

از عهده اجرای کامل تعهدات برنیاید و بانک ناگزیر به پرداخت مبلغ ضمانت نامه در وجه مضمون له (ذی نفع) شود. به عبارت دیگر ضمانت حسن اجرای تعهدات عبارتست از ضمانت بانک (ضامن) از مضمون عنه (متعهد) در مقابل مضمون له مبنی بر این که قرارداد فی ما بین به نحو احسن و مطابق پیمان انجام شود. (مهدی غفاری، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع، ص ۳۴۲؛ (به نقل از: ماده ۶۸ قانون محاسبات عمومی)

ج) ضمانت نامه پیش پرداخت

در قراردادهای پیمانکاری معمولاً برای شروع کار و تجهیز کارگاه و آماده سازی وسایل و ابزار کار پیمانکار دریافت بخشی از مبلغ قرارداد را به عنوان پیش پرداخت از کارفرما تقاضا می کند. در این حالت چون هنوز کاری انجام نشده و از سویی پرداخت وجه به پیمانکار در قبال ارائه صورت وضعیت تأیید شده امکان پذیر است، لذا کارفرما ضمانت نامه ی بانکی معادل وجه پیش پرداخت را از پیمانکار مطالبه می کند. در چنین صورتی بانک، استرداد وجه پیش پرداخت را تضمین می کند. وجوه پرداخت شده به پیمانکار توسط کارفرما، تحت عنوان پیش پرداخت از محل صورت وضعیت های ارائه شده موقت به طریقی کسر خواهد شد که پیش از آخرین صورت وضعیت موقت مبلغ مزبور مستهلک شود. بدیهی است مبلغ ضمانت نامه معادل مبلغ کسر شده طبق اعلام کارفرما در هر نوبت کاهش و حداکثر تا تاریخ تحویل موقت باید آزاد شود. (همان منبع، ص ۳۴۳).

د) ضمانت نامه ی استرداد کسور وجه الضمان

در این نوع ضمانت معمولاً به استناد قرارداد اصلی بین کارفرما و پیمانکار، کارفرما به تناسب پیشرفت کار و بر اساس صورت وضعیت های ارائه شده توسط پیمانکار در مقاطع مشخصی وجوهی را به پیمانکار پرداخت می کند. و کارفرما علاوه بر ضمانت هایی که تا این مرحله دریافت کرده است در هر مرحله از پرداخت درصد مشخص ۵ تا ۱۰ درصد از آن را به منظور اطمینان از حسن انجام اجرای تعهدات کسر به عنوان وجه الضمان نزد خود نگهداری می کند تا در صورت تحویل قطعی و نبود نواقص آن را به پیمانکار مسترد کند. ممکن است



پس از اتمام کار و تحویل موقت، پیمانکار وجه الضمان نگهداری شده نزد کارفرما را مطالبه کند. در این صورت کارفرما از پیمانکار ضمانت نامه استرداد کسورات را مطالبه می کند تا نسبت به پرداخت وجه نگهداری شده اقدام کند که در واقع این گونه ضمانت نامه ها ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان گویند. (مهدی غفاری، بانکداری کاربردی داخلی تجهیز منابع، ص ۳۴۳).

هـ) ضمانت نامه گمرکی

در صورتی که وارد کننده کالا قادر به پرداخت نقدی کلیه حقوق و عوارض گمرکی و عوارض متعلق به کالای وارداتی خود نباشد به منظور ترخیص کالا و با موافقت گمرک اداره گمرک در قبال ضمانت نامه های صادره بانک ها مبنی بر تعیین پرداخت حقوق و عوارض گمرکی، کالای وارداتی وارد کنندگان را ترخیص می کند. در این گونه موارد عوارض گمرکی به صورت اقساط یا در سر رسید به گمرک پرداخت می شود. در این نوع ضمانت نامه بانک صادر کننده ضمانت نامه بدون هیچ قید و شرطی مبلغ ضمانت نامه را با صدور چک در وجه حساب گمرک نزد بانک ملی پرداخت می کند. (همان منبع، ص ۳۴۴) ضمناً توجه به سه نکته ذیل در این ارتباط ضروری خواهد بود:

الف) ابطال این ضمانت نامه ها مشروط به پرداخت وجه آن در سر رسید مقرر به حساب بانک گمرک و یا اعلام گمرک مبنی بر پرداخت وجه یا انجام تعهدات مربوط به این ضمانت نامه، پیش از سر رسید از طرف مضمون عنه است.

ب) کاهش وجه تا تجدید یا تمدید این ضمانت نامه پیش از سر رسید در هر حال و در هر مورد منوط به موافقت صریح گمرک است.

ج) در صورت تخلف در انجام تعهدات مندرج در این ضمانت نامه ها از تاریخ سر رسید تا تاریخ پرداخت دین، روزانه مبلغ یک ریال برای هر سه هزار ریال بدهی بر ذمه بانک صادر کننده ضمانت خواهد بود که ملزم به پرداخت آن است. (همان منبع، ص ۳۴۴).

بخش چهارم: مبنای فقهی تضمین سپرده

الف) حکم شرعی ضمانت نامه ی ابتدایی نیز برای بانک مجاز است و انجام تعهد به موجب آن هم مشکل ندارد اما الزام آور برای بانک نیست زیرا درخواست کننده ضمانت نامه ابتدایی هنوز قراردادی با طرف برگزارکننده ی مناقصه یا مزایده نبسته است و نمی توان او را ملزم به شرط الزام آور ضمن قرارداد نمود و لذا بانک هم نمی تواند وفاداری خود را به انجام تعهد در قالب شرط ضمن عقد قرارداد تضمین کند. در صورت برنده شدن در مناقصه و عدم انجام اقدامات لازم، مبلغ مشخصی را پرداخت کند، این یک تعهد ابتدایی و غیر الزام آور است و در نتیجه تعهد بانک نیز برای او الزام آور نخواهد بود. (سید محمد باقر صدر، بانک بدون ربا، ص ۱۸۶).

ب) حکم شرعی ضمانت نامه نهایی که در پی انعقاد قرارداد میان طرف منتفع از ضمانت نامه و شخص درخواست کننده صدور آن، از سوی بانک صادر می شود. در این قرارداد برای پیمانکار شرطی به نفع طرف قرارداد گذاشته می شود به این مفهوم که طرف قرارداد در صورت تخلف پیمانکار از انجام تعهدات، نسبت معینی از مبلغ قرارداد را به نفع خود ضبط کرده، تصاحب خواهد کرد. این شرط در صورتی که در یک قرارداد صحیح واقع شده باشد مجاز و الزام آور است و طرف قرارداد حق ضبط مبلغ مورد توافق را پیدا می کند و این حق قابلیت تعهد و به وثیقه گذاری از سوی طرف ثالث دارد. همان گونه که طرف سوم می تواند متعهد به پرداخت بدهی بدهکار در برابر بستن کارش گردد، می تواند برای صاحب حق، وفای شرط کسی که شرط به عهده اوست را تعهد کند. (همان منبع، ص ۱۸۶). بر همین مبنا، صدور ضمانت نامه ی بانکی از سوی بانک به عنوان تعهد به وفای شرط به عهده ی پیمانکار تلقی می گردد و نتیجه این تعهد همان نتیجه تعهد طرف ثالث درباره پرداخت بدهی بدهکار خود خواهد بود. لذا همان گونه که اگر بدهکار از پرداخت بدهی خود، خودداری کند بستن کار به شخص ثالث مراجعه خواهد کرد، و صاحب حق در صورت امتناع پیمانکار از وفای به شرط به موجب شرط قرارداد به بانک متعهد مراجعه می کند. بنابراین وقتی تعهد



بانک و تضمین او بر مبنای درخواست پیمانکار صورت گرفته است در نتیجه پیمانکار ضامن زیان بانک ناشی از آن تعهد خواهد بود و بانک حق دارد که مبلغ پرداختی به طرف ذینفع قرارداد را از پیمانکار مطالبه نماید و همچنین بانک می تواند برای این ضمانت نامه کارمزد دریافت کند زیرا تعهد مندرج در ضمانت نامه، ارزش تعهدات پیمانکار را استحکام بخشیده و در واقع پشتوانه آن تعهدات شمرده می شود و یک عمل ارزشمندی است که می توان برای آن از پیش جعاله یا کارمزد تعیین کرد. (سید محمد باقر صدر، بانک بدون ربا، ص ۱۸۸).

سود بر حسب سرمایه تقسیم می شود اما امکان دارد که ضمن عقد شرط شود که ضرر احتمالی را بانک یا یک یا چند نفر از شرکا جبران کنند و مانعی وجود ندارد. بنابراین برای جلب اطمینان سپرده گذاران و اعضای شرکت یک یا چند نفر از اعضا یا بانک می تواند ضرر احتمالی را تا مدت معینی و یا مطلقاً به عهده بگیرند و به عبارت دیگر سرمایه سایر شرکا و سپرده گذاران را تضمین کنند. در واقع زمانی که اصل سرمایه مورد تضمین بانک قرار گرفت در اصل سود متعلق به سپرده گذار مورد ضمانت قرار گرفته است که باعث سپرده گذاری و تشویق به این امر می شود. (امام خمینی، استفتائات جدید، ج ۲، ص ۲۵۱)

بخش پنجم: تقسیم سود و زیان

اگر در قرارداد شرکت در مورد کیفیت تقسیم سود و زیان توافق خاصی صورت نگرفته باشد سود و زیان به نسبت مال و سرمایه هر یک از شرکا و سپرده گذاران بین آنان تقسیم می شود. پس اگر سرمایه طرفین مساوی بود سود و زیان هم به نسبت مساوی تقسیم می شود اما اگر در قرارداد کیفیت خاصی را توافق کردند مثل این که سود بر اساس نسبت های غیر مساوی تقسیم شود با این که سرمایه ها مساوی اند و یا این که سود به طور مساوی تقسیم شود با این که سرمایه ها متفاوتند اعم از این که نسبت سود برای کسی باشد که در شرکت کار می کند یا کار بیشتر می کند و یا عامل باشد و خلاصه این که سود بر اساس توافق بین طرفین و سپرده گذاران تقسیم خواهد شد. (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۷۵، مساله ۱۰).

سود، فایده ای است که از عملیات تجارت حاصل می شود که با توجه به نوع تجارت و عقود متفاوت است و دارای شرایطی نیز می باشد.

۱- سود مضاربه، که متعلق به عامل و مالک می باشد و اختصاص مقداری از سود به فرد ثالثی که نقشی در عملیات مضاربه ندارد صحیح نیست و اگر وی قسمتی از کار مضاربه را به عهده داشته باشد اشکال ندارد. (سید عباس موسویان، ابزارهای مالی اسلامی، ص ۲۳۸؛ (به نقل از: محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۱/۲)).

۲- سهم هر یک از مالک و عامل سپرده گذار از سود حاصل باید در ابتدای عقد مشخص شود که این مقدار باید برای هر کدام به صورت کسری از سود کل باشد و نمی توان مقدار قطعی را برای یکی یا گروهی از شرکا و سرمایه گذاران در نظر گرفت.

۳- معمولاً زمان تقسیم سود، پایان مضاربه است. اگر مضاربه به هر دلیلی فسخ شود کالاهای موجود فروخته نقد می شود، سپس اصل سرمایه ی اولیه از آن کم می شود که در این خصوص زیان ها یا تلف های وارد به سرمایه نیز از سود حاصل جبران می شود و سود باقی مانده به نسبت سهم و سرمایه هر یک از عامل و مالک تقسیم می شود. (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ۳۴۶/۲۶؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۵۵۸/۱ مواد ۵۲۸ و ۵۴۹ ق م).

۴- صلح بر سود و زیان. در قراردادهای شرکت، جایز است دو شریک صلح کنند بر این که سرمایه از یکی از آنان و سود و زیان برای دیگری باشد. (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۱۹).

بخش ششم: ضوابط عمومی قراردادهای بازار سرمایه از دیدگاه فقه اسلامی

فقه اسلام در باب معاملات و این که شریعت اسلام هر قرارداد عقلایی که نهی خاص یا عام نداشته باشد را تأیید و امضا کرده است و آن را لازم الوفا می داند. شارع مقدس در برخورد با معاملات عرف و عقلا روش اصلاحی را پیش گرفته است، نسبت به گروهی از معاملات که از اساس مضر به حال فرد و جامعه است مثل قمار. با فرض این که از نظر عقلا



معامله باشد برخورد سلبی دارد و آن را حرام و باطل می داند و نسبت به گروهی دیگر با پذیرش اصل معامله چون بیع و قرض شرایطی را لحاظ می کند. مثلاً در بیع و قرض بیان می دارد که بیع و قرض باید خالی از ربا باشند. تغییرات اصلاحی شارع مقدس به دو گروه کلی و جزئی تقسیم می گردد. گروه اول قوانین و ضوابطی هستند که به معاملات خاصی اختصاص ندارد که در تعدادی از معاملات جریان دارند. و گروه دوم مربوط به معاملات خاص هستند. ضوابط عمومی قرارداد را در قالب چهار گفتار مورد بررسی قرار می دهیم. یکی از ضوابط عمومی قراردادها ممنوعیت اکل مال به باطل است که این ضابطه عمومی یک ضابطه کلی حاکم بر همه قراردادها و روابط مالی اسلامی است. فقیهان بزرگوار اسلام در موارد اکل مال به باطل حکم به حرمت و بطلان معامله کرده اند. از قبیل:

الف) مواردی که موضوع معامله مالیت ندارد.

ب) مواردی که موضوع معامله منفعت حلال ندارد.

ج) مواردی که معامله موجب تضييع حقوق ديگران می شود.

د) مواردی که معامله با ضرر و زیان همراه است.

ه) مواردی که معامله با فریب همراه است.

و) موارد لَهو و لعب.

ز) موارد فساد و فحشاء.

ح) مواردی که مال از طریق تضعیف نظام اسلامی به دست می آید. (اسماعیل اسماعیلی، اکل مال به باطل در بینش فقهی شیخ انصاری، مجله فقه، شماره ۱، ص ۱۳۸).

البته مبنا و مستند فقها در ضابطه کلی ممنوعیت اکل مال به باطل آیاتی از قرآن کریم است. خصوصاً آیات ۲۹ و ۱۶۰ و ۱۶۱ سوره ی نساء و آیه ۱۸۸ سوره ی بقره و آیه ۳۴ سوره ی توبه که ذیلاً به شرح اجمالی آیات مذکور می پردازیم.

در آیه ۲۹ سوره نساء می فرمایند: « ای کسانی که ایمان آورده اید اموال یکدیگر را به باطل نخورید مگر آن که تجارتي با تراضی از شما باشد. » (سوره نساء، آیه ۲۹).

و در آیه ۱۸۸ سوره ی بقره می فرمایند: « اموالتان را در میان خودتان به ناروا مخورید، به عنوان رشوه قسمتی از آن را به قضات مدهید تا بخشی از اموال مردم را به گناه بخورید، در حالی که خودتان خوب می دانید. » (سوره بقره، آیه ۸۸).

و در آیه ۳۴ سوره توبه می فرمایند: « ای کسانی که ایمان آورده اید بسیاری از دانشمندان یهود و راهبان، اموال مردم را به ناروا می خورند و آنان را از راه خدا باز می دارند. » (سوره توبه، آیه ۳۴). کاربرد « اکل مال به باطل » در احادیث: روایات متعددی در ذیل آیات چهار گانه به ویژه آیه ۲۹ سوره نساء وارد شده است. اکثر این روایات در مقام بیان مصادیق اکل مال به باطل بوده و آن را به ربا، قمار، بازی شطرنج برای برد باخت و سوگند دروغ تطبیق کرده اند. (سید عباس موسویان، ابزارهای مالی اسلامی، ص ۸۱؛ (به نقل از شیخ حر عاملی: وسائل الشیعه، ج ۷، ص ۱۶۷ و ۱۳۸ و ج ۱۸، ص ۱۲۱)) یکی از روایاتی که در غالب کتاب های روایی چون کافی، تهذیب، من لا یحضره الفقیه و سرائر نقل شده به شرح ذیل است:

حسن بن محبوب از سلمه نقل می کند که از امام صادق (ع) پرسیدم: نزد یکی از آشنایان ما مالی است که با آن زندگی می کند در حالی که بدهکار است. آیا می تواند همچنان به این وضع ادامه دهد تا خداوند گشایشی پیش آورد تا بدهیش را بپردازد؟ یا در این روزگار پست و سختی مشاغل بر ذمه قرض کند یا در آینده بپردازد؟ یا این که قبول صدقه کند؟ امام فرمود: با مالی که پیش خود دارد بدهی خود را بپردازد و در اموال مردم تصرف نکند مگر این که مالی داشته باشد که بتواند با آن حقوق مردم را بپردازد و همانا خداوند در آیه ۲۹ سوره ی نساء می فرماید: این فرد نباید بر ذمه اش استقراض کند مگر این که بداند در آینده مالی دارد که می تواند قرضش را بپردازد. (سوره ی نساء، آیه ۲۹) اگر وی بر در خانه های مردم دور بزند و با یک لقمه و دو لقمه، با یک خرما و دو خرما او را پاسخ دهند بهتر است. مگر این که در مقابل قرض کسی داشته باشد که بعد از او بدهی وی را بپردازد. مطابق



این دو روایت هر نوع تصرف در اموال دیگران بدون داشتن زمینه‌ی پرداخت عقلایی اکل مال به باطل شمرده شده است. (سید عباس موسویان، ابزارهای مالی اسلامی، ص ۸۱؛) به نقل از: شیخ حرّ عاملی: وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۲۵.) نتیجه این که اکل مال به باطل از نظر قرآن و سنت و فقه اسلامی حرام بوده و به عنوان یک ضابطه عمومی در تمام عرصه‌های مالی جریان دارد. بنابراین روشن شده است که دین اسلام برای تنظیم روابط عقلایی و رعایت عدالت و استحقاق حقوق فرد و جامعه و جلوگیری از منازعات آتی، آن دسته از معاملات و قراردادهای که اکل مال به باطل، ضرری، غرری و ربوی هستند را ممنوع کرده است. هر چند عقلا برخی از آن‌ها را جایز بدانند.



منابع و مأخذ

۱. اسماعیلی ، اسماعیل ؛ ۱۳۷۳ ش ؛ اکل المال بالباطل در بینش فقهی شیخ انصاری ، انتشارات مجله فقهی شماره ۱ .
۲. جمشیدی ، سعید ؛ ۱۳۹۰ ش ؛ بانکداری اسلامی ؛ نشر گپ ، رشت .
۳. جهانخانی ، علی ؛ و پارسایان ، علی ؛ ۱۳۷۴ ش ؛ بورس اوراق بهادار ؛ نشر دانشکده مدیریت دانشگاه تهران .
۴. خامنه ای ، سید علی ؛ ۱۳۸۱ ش ؛ أجوبه الاستفتائات ، انتشارات بین المللی الهدی ، بیروت .
۵. شیخ حر عاملی ؛ ۱۴۱۳ ق ؛ وسائل الشیعه ؛ نشر مؤسسه آل البیت (ع) ، بیروت .
۶. صدر ، سید محمد باقر ؛ ۱۳۸۹ ش ؛ بانک بدون ربا ؛ مترجم : مرتضی زنجانی ؛ نشر فرهنگ سبز ، تهران .
۷. صدر ، سید محمد باقر ؛ ۱۴۱۰ ق ؛ البنك الربوی فی الاسلام ؛ نشر دارالتعارف المطبوعات ، بیروت .
۸. طباطبایی ، سید محمد کاظم ؛ ۱۴۲۰ ق ؛ عروه الوثقی ؛ نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۹. علامه حلی ؛ ۱۴۱۵ ق ؛ شرائع الاسلام ؛ نشر مؤسسه معارف اسلامی قم .
۱۰. غفاری ، مهدی ؛ ۱۳۹۰ ش ؛ بانکداری داخلی کاربردی و تجهیز منابع ؛ نشر تهران پیشبرد ، تهران .
۱۱. کاتوزیان ، ناصر ؛ ۱۳۷۷ ش ؛ قانون مدنی در نظم کنونی ؛ نشر دادگستر ، تهران .



۱۲. مراجع تقلید ؛ ۱۳۷۸ ش ؛ رساله توضیح المسائل ؛ نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه ، قم .
۱۳. موسویان ، سید عباس ؛ ۱۳۸۶ ش ؛ ابزارهای مالی (صکوک) ؛ نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، تهران .
۱۴. ؛ ۱۳۸۳ ش ؛ تبدیل فقهی بانکداری بدون ربا ، مدل ایران و اردن ؛ فصلنامه تخصصی فقه و حقوق ، شماره ۲ .
۱۵. ؛ ۱۳۹۰ ش ؛ طرح تحول نظام بانکی ؛ نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، تهران .
۱۶. ؛ ۱۳۸۹ ش ؛ بانکداری بدون ربا ؛ نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، تهران .
۱۷. ؛ بانکداری اسلامی ؛ نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، تهران .

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی