



وزارت علوم تحقیقات و فناوری

دانشگاه بین‌المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI
INTERNATIONAL UNIVERSITY

دانشکده علوم اجتماعی

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی نظریه وکالت بانکها از مشتریان در خصوص

سپرده های سرمایه گذاری

استاد راهنما:

دکتر سید الهام الدین شریفی

استاد مشاور:

دکتر مهرزاد ابدالی

دانشجو:

مریم سلگی

تیر ۱۳۸۹

بسمه تعالی

دانشگاه بین المللی امام خمینی



دانشگاه بین المللی امام خمینی(ره)
معاونت آموزشی دانشگاه - مدیریت تحصیلات تکمیلی
(فرم شماره ۲۶)

تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب محمد علی حسینی دانشجوی رشته حقوق عمومی مقطع تحصیلی دانشجوی ارشد بدین وسیله اصالت کلیه مطالب موجود در مباحث مطروحه در پایان نامه اثر تحصیلی خود، با عنوان بررسی تطبیقی نظریات حقوق کیفری از منظر فقه امامیه در خصوص مجازات تأیید کرده، اعلام می نمایم که تمامی محتوی آن حاصل مطالعه، پژوهش و تدوین خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان نامه و یا هیچ اثر یا منبع دیگری، اعم از داخلی، خارجی و یا بین المللی، نبوده و تعهد می نمایم در صورت اثبات عدم اصالت آن و یا احراز عدم صحت مفاد و یا لوازم این تعهد نامه در هر مرحله از مراحل منتهی به فارغ التحصیلی و یا پس از آن و یا تحصیل در مقاطع دیگر و یا اشتغال و ... دانشگاه حق دارد ضمن رد پایان نامه نسبت به لغو و ابطال مدرک تحصیلی مربوطه اقدام نماید. مضافاً اینکه کلیه مسئولیت ها و پیامدهای قانونی و یا خسارت وارده از هر حیث متوجه اینجانب می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو محمد علی حسینی
امضاء و تاریخ

۱۳۹۸
۱۹ / ۴ / ۱۸



فرم تأییدیه هیأت داوران جلسه دفاع از پایان‌نامه/ارساله

بدین وسیله گواهی میشود جلسه دفاعیه از پایان‌نامه کارشناسی ارشد/دکتری خانم/جناب آقای
دانشجوی رشته گرایش تحت عنوان
در تاریخ ۱۳۹۶/۵/۱۸ در دانشگاه برگزار گردید و این پایان‌نامه با نمره ۱۸.۷۰٪ و درجه مورد تأیید هیأت
داوران قرار گرفت.

| ردیف | سمت | نام و نام خانوادگی | مرتب‌بندی دانشگاهی | دانشگاه یا مؤسسه | امضا |
|------|------------------------|------------------------|-----------------------|-------------------------------|------|
| ۱ | استاد راهنما | سید الحام‌الدین شریزاد | استاد | دانشگاه بین‌المللی امام خمینی | |
| ۲ | استاد مشاور | مهرداد ابراهیمی | استاد | دانشگاه بین‌المللی امام خمینی | |
| ۳ | داور خارج | عبدالله ابراهیمی | استاد | دانشگاه علامه طباطبائی | |
| ۴ | داور داخل | سید محمد هادی ساعی | استاد | دانشگاه بین‌المللی امام خمینی | |
| ۵ | نماینده تحصیلات تکمیلی | حسن محمد سعیدآبادی | دانشیار | دانشگاه بین‌المللی امام خمینی | |

تقدیم به:

پدر و مادرم

آنان که توانشان رفت تا به توانایی برسم

و مویشان سفید شد تا رویم سپید بماند.

و به همسرم

که در مدت انجام این پژوهش مایه قوت قلب من بوده است.

سپاسگزارم

از استاد ارجمندم دکتر شریفی که در تهیه این پایان نامه زحمات فراوانی کشیده و با راهنمایی های خود بنده را رهین منت خویش نموده اند.
و از استاد ارجمند دکتر ابدالی که با مشاوره های ارزنده ی خود بنده را در تهیه این پایان نامه یاری کردند.
و تمامی دوستانی که در طول انجام این پژوهش از مساعدت های آنها بهره مند شده ام.

چکیده

بر خلاف نظام بانکداری سنتی که مبتنی بر دو اصل: ۱- پرداخت سود به صاحبان سپرده ها و دریافت سود از وام و تسهیلات اعطایی و ۲- تضمین سپرده ها و تسهیلات (فقدان ریسک برای سپرده ها و تسهیلات) است، در نظام بانکداری اسلامی اعمال هر یک از دو اصل مذکور مطابق شریعت اسلامی موجب ربوی تلقی شدن رابطه ی معاملاتی گردیده و حرام است. بنابراین شریعت اسلامی با تاثیر بر ساختار و عملکرد بانک های اسلامی آنان را از پرداخت و دریافت سود ثابت یا بهره ی از قبل تعیین شده باز می دارد. در این بانکها همانند بانک های ایرانی، ظاهراً نظام مشارکت در سود و زیان جایگزین نظام بهره می گردد. در اعطای تسهیلات و اخذ سود، به جای وام از عقود مشارکتی نظیر جعاله، اجاره به شرط تملیک و مشارکت استفاده می شود و در پرداخت سود به سپرده گذاران از نظریه وکالت بهره گرفته می شود. در نتیجه عنوان «سپرده - بهره» که پایه ی کار هر بانک بازرگانی است کنار گذاشته شده و عنوان «سپرده - وکالت - سود» جایگزین آن گردیده است. نظریه وکالت بانک ها از مشتریان علاوه بر اینکه صوری بوده و بر قصد طرفین منطبق نیست؛ آثاری بر آن مترتب است که مقصود طرفین نبوده و اعمال آنها در نظام عملی بانکی میسر نمی باشد.

واژگان کلیدی: نظریه وکالت، سپرده های بانکی، بانکداری بهره ای، نظام مشارکت در سود و زیان.

فهرست مطالب

| صفحه | عنوان |
|------|--|
| ۱ | مقدمه..... |
| ۴ | فصل اول : کلیات |
| ۴ | مبحث اول :پیشینه و تعاریف..... |
| ۴ | گفتار اول : تعاریف |
| ۴ | بند اول: بانک..... |
| ۵ | بند دوم:بانکداری..... |
| ۶ | بند سوم : بانکداری مشارکتی..... |
| ۶ | گفتار دوم: پیشینه..... |
| ۶ | بند اول: پیشینه بانکداری در جهان..... |
| ۹ | بند دوم : پیشینه ومراحل بانکداری در ایران..... |
| ۱۱ | گفتار سوم : عملیات بانکی..... |
| ۱۲ | بند اول: تجهیز منابع پولی..... |
| ۱۳ | بند دوم: اعطای تسهیلات..... |
| ۱۴ | بند سوم: خدمات بانکی..... |
| ۱۵ | مبحث دوم: نظام بانکداری بهره ای ونظام بانکداری مشارکتی..... |
| ۱۷ | گفتار اول: نظام بانکداری بهره ای..... |
| ۱۷ | بند اول: تاریخچه نظام بانکداری بهره ای..... |
| ۱۸ | بند دوم: بهره محور اصلی فعالیت بانک ها..... |
| ۱۹ | بند سوم: چگونگی تجهیز وتخصیص منابع درسیستم بانکداری بهره ای..... |
| ۲۲ | بند چهارم : ویژگیهای بانکداری بهره ای..... |
| ۲۳ | گفتار دوم: نظام بانکداری مشارکتی..... |
| ۲۳ | بند اول: تاریخچه نظام بانکداری مشارکتی..... |
| ۲۶ | بند دوم: مفهوم پول..... |
| ۳۱ | بند سوم: اصل اساسی ممنوعیت ربا..... |

| | |
|---|-----------|
| بند چهارم : مدیریت ریسک در نظام بانکداری مشارکتی..... | ۳۹ |
| گفتار سوم: بررسی تفاوت های بانکداری بهره ای و بانکداری مشارکتی | ۴۴ |
| فصل دوم: سپرده های بانکی و ماهیت حقوقی آنها..... | ۴۷ |
| مبحث اول: اقسام سپرده های بانکی..... | ۴۸ |
| گفتار اول : سپرده قرض الحسنه..... | ۴۹ |
| بند اول: سپرده جاری..... | ۵۰ |
| بند دوم: سپرده پس انداز..... | ۵۰ |
| گفتار دوم: سپرده سرمایه گذاری مدت دار..... | ۵۱ |
| مبحث دوم: ماهیت حقوقی سپرده های بانکی در نظام های بهره ای..... | ۵۱ |
| گفتار اول: حقوق فرانسه..... | ۵۲ |
| گفتار دوم: حقوق انگلیس..... | ۵۴ |
| گفتار سوم: حقوق آمریکا..... | ۵۵ |
| مبحث سوم: ماهیت حقوقی سپرده های بانکی در نظام بانکداری مشارکتی..... | ۵۶ |
| گفتار اول: نظریه های ارائه شده در مورد ماهیت حقوقی سپرده های قرض الحسنه | |
| پس انداز..... | ۵۷ |
| بند اول: نظریه عقد ودیعه..... | ۵۷ |
| بند دوم: نظریه قرارداد موضوع ماده ۱۰ق.م..... | ۶۰ |
| بند سوم: نظریه عقد قرض..... | ۶۱ |
| گفتار دوم: نظریه های ارائه شده در مورد ماهیت حقوقی سپرده های قرض الحسنه | |
| جاری..... | ۶۶ |
| بند اول: نظریه قرارداد موضوع ماده ۱۰ق.م..... | ۶۶ |
| بند دوم: نظریه عقد قرض..... | ۶۷ |
| بند سوم: نظریه عقد قرض و قرارداد..... | ۶۹ |
| گفتار سوم: نظریه های ارائه شده در مورد ماهیت حقوقی سپرده های سرمایه گذاری | |
| مدت دار..... | ۷۱ |
| بند اول: نظریه مضاربه..... | ۷۲ |

| | |
|------------|---|
| ۷۵ | بند دوم: نظریه مشارکت |
| ۷۶ | بند سوم: نظریه وکالت |
| ۷۷ | بند چهارم: نظریه قرارداد حقوق عمومی |
| ۷۹ | فصل سوم: نظریه وکالت |
| ۷۹ | مبحث اول: مفهوم نظریه وکالت |
| ۷۹ | گفتار اول: نظریه وکالت در حقوق مدنی |
| ۸۴ | گفتار دوم: نظریه وکالت در رابطه بانک ها با مشتریان |
| ۸۷ | مبحث دوم: آثار نظریه وکالت در رابطه با سپرده های بانکی |
| ۸۷ | گفتار اول: بقاء مالکیت سپرده گذار نسبت به سپرده ها |
| ۹۰ | گفتار دوم: امانی تلقی شدن وجوه سپرده |
| ۹۶ | گفتار سوم: عدم توجه سود و زیان به بانک |
| ۹۷ | گفتار چهارم: جواز وکالت |
| ۱۰۵ | فصل چهارم: ایرادات نظریه وکالت |
| ۱۰۵ | مبحث اول: عدم انطباق وکالت با قصد طرفین |
| ۱۰۸ | مبحث دوم: عدم انطباق نحوه سود و زیان دهی با نظریه وکالت |
| ۱۰۹ | گفتار اول: تعیین حداقل سود به وسیله بانک |
| ۱۱۵ | گفتار دوم: عدم توجه زیان به سپرده گذار |
| ۱۱۶ | گفتار سوم: تلقی وجوه پرداختی به سپرده گذاران به عنوان هزینه بانک |
| ۱۱۸ | مبحث سوم: عدم التزام به آثار جواز وکالت |
| ۱۱۹ | مبحث چهارم: عدم قابلیت برای معاملات بین المللی |
| ۱۱۹ | مبحث پنجم: ناتوانی در استفاده از پیشرفتهای ابزاری بازارهای پول و سرمایه |
| ۱۲۰ | مبحث ششم: امانی تلقی نشدن وجوه سپرده |
| ۱۲۲ | مبحث هفتم: عدم قابلیت برای ایجاد بازار ثانوی سپرده ها |
| ۱۲۴ | نتیجه گیری |
| ۱۲۸ | فهرست منابع و مآخذ |
| ۱۳۵ | پیوست ها |

مقدمه

حرفه‌ی بانکداری نوعی خاص از فعالیت واسطه‌گری مالی به حساب می‌آید که از طریق این فعالیت بین عرضه‌کنندگان وجوه نقد که با انگیزه‌ی پس‌انداز وجوه خود را عرضه می‌کنند و تقاضاکنندگان وجوه نقد که با انگیزه‌ی سرمایه‌گذاری یا مصرف متقاضی وجوه نقد هستند، ارتباط برقرار می‌شود. در واقع بانکدار به طوراصولی وجوه قابل استقراض را از پس‌اندازکنندگان، با شرایط و ویژگی‌های گوناگون به امانت می‌گیرد، و با قبول خطر و به حساب خود این وجوه را در اختیار تقاضاکنندگان قرار می‌دهد.

در نظام بانکداری سنتی پس‌اندازکنندگان برای عرضه پول خود به بانک‌ها معمولاً مطالبه‌ی درآمدی به عنوان بهره می‌کنند و از این رو بانک‌ها نیز ناچارند برای اعطاء وام به متقاضیان درصدی به عنوان بهره از دریافت‌کنندگان وام وصول کنند. بدین ترتیب نظام بانکی به نوعی واسطه‌ای جهت دریافت و پرداخت بهره محسوب می‌شود. با توجه به اینکه در نظام اقتصاد اسلامی دریافت و پرداخت بهره به هر شکل و به هر عنوان ربا تلقی شده و به شدت منع گردیده است، طبعاً در کشور ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی بانکداری به شکل متداول آن لزوماً باید مورد تجدید نظر و اصلاح قرار می‌گرفت. بنابراین تلاش‌هایی در جهت تغییر ساختار نظام بانکی آغاز شد و سعی گردید که نهادهای رایج در بانکداری دنیا کنار گذاشته شود و نهادهای جدید برای تنظیم رابطه بانک‌ها با مشتریان (خواه در جهت قبول سپرده و خواه جهت اعطای تسهیلات) ایجاد شود. در این راستا قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی و تایید شورای نگهبان رسید. در قانون مزبور مفهوم شناخته شده‌ی بهره بانکی کنار گذاشته شده و سود مبتنی بر عقود اسلامی از قبیل مضاربه، مشارکت مدنی و حقوقی، اجاره به شرط تملیک و جعاله جایگزین آن گردید. برای توجیه سود پرداختی به سپرده‌های مشتریان نیز به نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان توسل جسته شد. استفاده از نظریه وکالت جهت توجیه سود پرداختی به سپرده‌گذاران، ابتکار تهیه‌کنندگان پیش‌نویس قانون عملیات بانکی بدون ربا نبوده، بلکه ایده‌ی اصلی آن به آیت الله محمد باقر صدر تعلق دارد. مطابق نظریه‌ی مزبور مشتریان در حین سپرده‌گذاری نزد بانک، به بانک وکالت (با حق توکیل غیر) می‌دهند که وجوه آنان را به کار انداخته و سود حاصله را پس از کسر حق الوکاله بانک به آنان مسترد نماید. طراحان قانون عملیات بانکی بدون ربا با استفاده از ایده وکالت محمد باقر صدر و واسطه‌قرار دادن

بانک بین سپرده گذاران و گیرندگان تسهیلات، ظاهراً موفق به ایجاد یک نظام غیر ربوی شده اند، بدون اینکه به سایر آثار مترتبه بر وکالت بانک ها از سپرده گذاران که قابلیت اعمال در نظام بانکی را نداشته و بعضاً برای سپرده گذاران غیر قابل قبول است، توجه نمایند. نظریه وکالت بانک ها از مشتریان در بکارگیری سپرده، استرداد آن و سود حاصله، علاوه بر اینکه واقعی نبوده و بر قصد طرفین مبتنی نیست، آثاری بر آن مترتب است که هرگز مقصود طرفین نبوده و به آن پای بند نمی باشند.

سوالاتی که در این رساله تحت عنوان «بررسی نظریه وکالت بانک ها از مشتریان در خصوص سپرده های سرمایه گذاری» در صدد پاسخگویی به آنها برآمدیم عبارتند از:

۱- آیا وکالت بانک ها از مشتریان در خصوص سپرده های سرمایه گذاری منطبق بر قصد طرفین است؟

۲- ماهیت حقوقی سپرده های بانکی در نظام حقوق بانکی چیست؟

۳- آیا آثار وکالت در رابطه ی بین بانک و سپرده گذار قابل اعمال است؟
و در مقابل فرضیه های ارائه شده عبارتند از:

- ۱- وکالت بانک ها از مشتریان علاوه بر اینکه صوری بوده بر قصد طرفین نیز منطبق نیست.
 - ۲- در مورد ماهیت حقوقی سپرده های بانکی نظرات مختلفی وجود دارد. اما به نظر می رسد با توجه به تملیک وجوه به بانک و تصرف بالاصاله و آزادانه بانک در آنها به عقد قرض شباهت دارد.
 - ۳- از دیدگاه عملی بسیاری از قواعد وکالت در رویه های بانکی قابل اعمال نیست.
- در مورد نظریه وکالت بانک ها تا کنون کتاب یا پایان نامه ای به رشته ی تحریر در نیامده است اما یک مقاله از دکتر سید الهام الدین شریفی در مجله ی پژوهشهای حقوقی به چاپ رسیده است. با توجه به اهمیت موضوع و تأثیری که بر عملکرد قضات و بانک ها دارد لزوم تتبع و تحقیق بیشتر در این زمینه نمایان می شود.
- روش تحقیق در این رساله استدلالی و تحلیل منطقی است. شیوه گردآوری مطالب همانند قریب به اتفاق رساله های حقوق خصوصی به صورت کتابخانه ای می باشد. با توجه به کمبود منابع کتابخانه ای در زمینه موضوع، گردآوری بخشی از مطالب از طریق مراجعه به سایت های اینترنتی، نشریات متعدد و هم چنین نمایه صورت گرفته است.
- از آنجا که فصل اول رساله به کلیات اختصاص داده شده است، ابتدا به پیشینه ی بانکداری در جهان و

ایران پرداخته شده است و سپس در مبحث دوم ابتدا کلیاتی در مورد بانکداری بهره ای و بانکداری مشارکتی بیان شده است و سپس تفاوت های این دو نظام بانکداری مورد بررسی واقع شده است. در فصل دوم تحت عنوان «سپرده های بانکی و ماهیت حقوقی آنها» در آغاز اقسام سپرده های بانکی بیان شده است و سپس در مبحث دوم ماهیت حقوقی سپرده ها در نظام های بهره ای مورد بررسی واقع شده است. در مبحث سوم نیز به بررسی ماهیت حقوقی این سپرده ها در نظام بانکداری مشارکتی پرداخته ایم که به تفصیل نظریه های مختلف مطرح شده در مورد انواع سپرده ها بیان شده است.

در فصل سوم به طور اختصاصی به نظریه وکالت پرداخته می شود. ابتدا به مفهوم این نظریه در حقوق مدنی و سپس به مفهوم نظریه وکالت در رابطه ی بانکها با مشتریان پرداخته می شود و در مبحث دوم آثار این نظریه در رابطه با سپرده های بانکی تبیین خواهد شد. فصل چهارم نیز در هفت مبحث به ایرادات وارده بر نظریه وکالت بانک ها از مشتریان اختصاص یافته است

در پایان باید گفت، علی رغم تلاش و کوششی که در تدوین این رساله گردیده است، نمی توان ادعا کرد که این رساله خالی از عیب و نقص باشد چرا که موانع و تنگناهایی از جمله کمبود منابع در حوزه مورد تحقیق در این مسیر موجود بوده و راه را بر نگارنده دشوار گردانید. با این وجود امید است که اساتید محترم و سایر صاحب نظران نقایص احتمالی رساله را بر بنده ببخشند و در رفع نقایص آن اینجانب را یاری رسانند.

فصل اول : کلیات

امروزه بانکداری یکی از با اهمیت ترین بخش هایی اقتصادی به شمار می آید. بانک ها با سازماندهی و هدایت دریافت ها و پرداخت ها امر مبادلات تجاری و بازرگانی را تسهیل کرده، موجب گسترش بازارها و رشد شکوفایی اقتصادی می گردند. از طرف دیگر، پس اندازهای ریز و درشت را تجهیز کرده و آنها را به سمت بنگاه های تولیدی و تجاری هدایت می کنند. البته باید توجه داشت؛ بانکداری سنتی به جهت تبعیت از نظام بهره، غالباً وسیله ای استعماری در دست طبقه ای بر علیه دیگران است. اما بانکداری مشارکتی با حذف بهره موسسات پولی و بانکی را تغییر ماهیت داده و با حفظ تمام امتیازات بانکداری سنتی، برای صاحبان پس انداز و سرمایه گذاران، روش انسانی همراه با سود عادلانه پیشنهاد می نماید.¹ در این فصل ابتدا پیشینه ای راجع به بانک و بانکداری گفته می شود و در مبحث دوم به تفصیل بانکداری مشارکتی و بهره ای و تفاوت های آن ها مورد بررسی قرار می گیرد.

مبحث اول: پیشینه و تعاریف

در این مبحث ابتدا واژه های بانک، بانکداری و بانکداری مشارکتی تعریف خواهد شد. سپس پیشینه ای در مورد بانکداری در جهان و ایران گفته می شود و در گفتار سوم نیز انواع عملیات بانکی اجمالاً مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار اول: تعاریف

مطالب این گفتار در سه بند خواهد آمد که مشتمل بر تعریف واژه های بانک، بانکداری و بانکداری مشارکتی می باشد.

بند اول: بانک

بانک مشتق از بانکا² است که واژه ای لاتینی و به معنای پیشخوان و نیمکتی است که صرافان ایتالیایی قرون وسطی در پشت آن به معامله و مبادله پول می پرداختند. برخی نیز معتقدند که بانک از واژه ی آلمانی³ آن به معنای شرکت اخذ شده است. ⁴بانک نوعی واسطه مالی⁵ است که در اقتصاد سرمایه داری آن را به اقدام سه گانه ی: بانک های سپرده، بانک های معاملات و دستگاه های اعتباری متخصص تقسیم می کنند.⁶ در قانون عملیات بانکی بدون ربا، از بانک تعریف مشخصی عرضه

¹ - سید عباس موسویان، الگوی جدید از بانکداری اسلامی، مجموعه سخنرانیهای ماهانه سال 1379، تهران، موسسه تحقیقات پولی و بانکی، تابستان 1380، ص3

2-Banco

3-Banca

⁴-علی اکبر دهخدا، لغت نامه، جلد7، چاپ اول، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، پاییز 1372، ص591

5-Financial intermediary

⁶-C.S.NAGPAL, Anmol Dictionary of Economics, Anmol pub, New Delhi, 1995, p. 19

نمی شود. ولی با توجه به وظایف، نظام بانکی و احکام بانک ها در این قانون می توان تصویری از هویت آن عرضه کرد. بر اساس ماده سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک ها برای تجهیز منابع می توانند به قبول سپرده مبادرت نمایند و این سپرده ها به دو عنوان کلی تقسیم می شود:

۱- سپرده های قرض الحسنه ۲- سپرده های سرمایه گذاری مدت دار. بر اساس این نکته، بانک در این قانون یک «بانک سپرده» یعنی موسسه ای مالی است که از مشتریان خود سپرده دریافت می دارد. از سوی دیگر، چون قرض الحسنه رکن اصلی «نهاد بنگاه های کمک معوض» در نظام اقتصادی اسلام محسوب می شود و بانک بر اساس ماده ۱۴ این قانون موظف است بخشی از منابع خود را از طریق قرض الحسنه به متقاضیان اختصاص دهد، بانک از این جهت یک «بنگاه کمک معوض» خواهد بود. تبصره ماده سوم این قانون بانک را نسبت به سپرده های سرمایه گذاری مدت دار به عنوان وکیل در عقود اسلامی معرفی می کند. پذیرش وکالت بانک تأکیدی بر «واسطه مالی» بودن آن است. با این وصف، در سپرده های سرمایه گذاری مدت دار، بانک مالک سپرده نیست. بلکه وکیل سپرده گذار در انجام معاملات در قالب عقود اسلامی است. از سوی دیگر، این تبصره همراه با مواد مربوطه به فصل سوم این قانون (مواد ۷ تا ۱۷) که به تسهیلات اعطایی بانک ها مرتبط می باشد، بانک را در این قانون در زمره ی بانک های معاملات قرار می دهد. بانک معاملات در بنگاه های صنعتی و بازرگانی مشارکت می نماید^۱.

بند دوم: بانکداری

حرفه بانکداری نوعی خاص از فعالیت و واسطه گری مالی به حساب می آید که از طریق این فعالیت بین عرضه کنندگان وجوه نقد که با انگیزه پس انداز وجوه خود را عرضه می کنند و تقاضا کنندگان وجوه نقد که با انگیزه سرمایه گذاری یا مصرف متقاضی وجوه نقد هستند، ارتباط برقرار می شود. در واقع بانکدار به طور اصولی وجوه قابل استقراض را از پس انداز کنندگان، با شرایط و ویژگی های گوناگون به امانت می گیرد، و با قبول خطر و به حساب خود این وجوه را در اختیار تقاضا کنندگان قرار می دهد، و از این طریق نوعی محصول موسوم به خدمات بانکی ایجاد می کند. در نظام بانکداری متداول پس انداز کنندگان برای عرضه پول خود به بانک ها معمولاً مطالبه درآمدی به عنوان بهره می کنند و از این رو بانک ها نیز ناچارند برای اعطای وام به متقاضیان علاوه بر مطالبه ارزش خدمات بانکی، درصدی از اصل مبلغ وام را به عنوان بهره از دریافت کنندگان وام وصول کنند. بدین ترتیب نظام بانکی به نوعی واسطه ای جهت دریافت و پرداخت بهره محسوب می شود.^۲

۱ - مهدی هادوی تهرانی، مبانی فقهی و حقوقی بانکداری اسلامی، مجموعه سخنرانی ها و مقالات یازدهمین همایش بانکداری اسلامی، چاپ اول، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۹، ص ۴۶

۲ - ابراهیم بیضایی، پول، ارز و بانکداری و سیاست های پولی و مالی، چاپ اول، همدان، نور علم، ۱۳۸۵، ص ۲۱۹

بند سوم: بانکداری مشارکتی

در بانکداری مشارکتی هم صاحب سپرده و هم گیرنده تسهیلات اعتباری نقش مباشر را در فعالیت های اقتصادی دارند. در واقع، هم صاحبان منابع تجهیز شده یا به اصطلاح «سپرده گذاران» و هم استفاده کنندگان از منابع مذکور یا به اصطلاح گیرندگان تسهیلات اعتباری «ذات» شرکاء یا مباشرین فعالیت های تجاری یا تولیدی می باشند که در ظاهر بانک اسلامی یا گیرنده تسهیلات انجام می دهد. در واقع، در بانک اسلامی صاحبان منابع یا «سپرده گذاران» برای مدتی که منابع آنها نزد بانک است، به صورت شریک موقت در سرمایه (منابع) بانک درمی آیند و بانک اسلامی در نقش نماینده منابع آنها را به نمایندگی از طرف آنها در فعالیت های تجاری و تولیدی به کار می گیرد و سود یا زیان حاصل را پس از کسر حق نمایندگی خود در اختیار آنان قرار می دهد.

برای این منظور، بانک منابع تجهیز شده متعلق به صاحب سپرده را همراه با منابع خود به اصطلاح به صورت «تسهیلات اعتباری» در اختیار گیرنده تسهیلات قرار می دهد یا در حقیقت با ایجاد تسهیلات اعتباری در عملیات تولیدی و تجاری گیرنده تسهیلات با او مشارکت نموده و یا عملیات مزبور را تسهیل می کند. برپایه آنچه ذکر شد به طور خلاصه، بانک اسلامی با بکارگیری منابع تجهیز شده، تسهیلات لازم را برای ایجاد، توسعه، تکمیل، راه اندازی و ادامه فعالیت های اقتصادی و اجتماعی فراهم می آورد. با توجه به مجموعه مراتب فوق، بانکداری مشارکتی را می توان به شرح ذیل توصیف نمود:

«بانکداری مشارکتی عبارت است از: محیط تجميع منابع پس انداز کننده، سرمایه گذار و بانک، به صورت سرمایه، برای سرمایه گذاری در امور مختلف به قصد انتفاع، در چار چوب موازین اسلامی، به نحوی که نتیجه حاصل از این سرمایه گذاری ها بر اساس تفاهم قبلی بین آنها تسهیم گردد.»¹

در ایران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی بانکداری به شکل متداول آن مورد تجدید نظر و اصلاح قرار گرفت. بدین جهت تلاش شد بانکداری مشارکتی در کشور رواج یابد، و بدین منظور قانون عملیات بانکی بدون ربا تدوین و پس از طی مراحل قانونی و تهیه و تصویب آیین نامه ها و دستورالعمل های مربوطه از ابتدای سال ۱۳۶۳ به اجرا گذارده شد.

1- سید حسین مهدوی نجم آبادی، بانکداری اسلامی شیوه نظری، مجموعه سخنرانیها و مقالات پنجمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران، موسسه بانکداری ایران، 1373، ص 312

گفتار دوم: پیشینه

مطالب این گفتار شامل دو بند است، در بند اول پیشینه بانکداری در جهان و در بند دوم پیشینه و مراحل بانکداری در ایران مورد بررسی قرار می گیرد.

بند اول: پیشینه بانکداری در جهان

۱- بانکداری در دوره قدیم

الف- بابل

در امپراطوری بابل معاملات بانکی به شیوه ابتدایی آن رواج داشت و حتی در قوانین حمورابی مقرراتی برای دادن وام و قبول سپرده های تجاری ذکر و دستوراتی درباره سرمایه گذاری آمده است. در شهر بابل تجارتخانه ها و بانک های بزرگی وجود داشت که دادن تمسک (به معنی حجت و سند)، حواله، برات و نیز گرفتن ربح معمول بود و میزان ربح ۲۰ درصد بود و در مواردی به صدی ۴۰ تا ۵۰ می رسید. معابد این شهر در حدود ۲۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح به عملیات بانکی محدودی مبادرت می ورزیدند و آنها در مقابل وثیقه اموال غیر منقول پول به عاریت می دادند.

ب- یونان

در کشور خدایان و ارباب انواع علاوه بر بانک های خصوصی بعضی از معابد هم به کار صرافی اشتغال داشتند، سپرده های مردم را پذیرفته و به اشخاص وام اعطا می کردند. از جمله معابد دلفی بود در شهر افسن. به علت جنگ های مدام داخلی، معابد مطمئن ترین محل برای نگهداری و حفاظت اموال گرانبها و پر ارزش به شمار می آمد.

پ- رم

در اوایل تاسیس دولت رم که وصول مالیات ها به شکل مقاطعه به اشخاص واگذار می شد، مامورین غالباً به شهر ها و موسسات دولتی وام می دادند و در واقع به نوعی بانکداری مبادرت می ورزیدند. بانکدارهای رومی گذشته از تبدیل پول های کشور و تعیین عیار آنها و قبول سپرده و دادن وام، کار صندوق داری را هم برای مشتریان خود انجام می دادند. عملیات بانکی بانکداران رومی از بیشتر جهات شبیه به عملیات بانکی کنونی و عبارت بود از افتتاح حساب جاری و مدت دار به نفع افراد، پرداخت بهره به سپرده های مدت دار، صدور برات تجاری، دادن قرضه بانکی اعم از مصرفی و تجاری با بهره های متفاوت، رهن و صدور اعتبار نامه تجاری و غیره.^۱

۱ - محمد بهمند و محمود بهمنی، بانکداری داخلی ۱ (تجهیز منابع پولی)، چاپ ششم، تهران، موسسه بانکداری ایران، تابستان ۱۳۷۶، ص ۱۳

۲- بانکداری در قرون وسطی (از قرن پنجم تا پانزدهم میلادی)

در قرون وسطی بانکداری و تجارت به مفهوم آنچه در یونان و امپراطوری روم وجود داشت عملاً از بین رفت و پس از سقوط روم یک سیر قهقراپی در عملیات بانکی و سایر مظاهر تمدن بشری پیدا شد. عرف بانکداری با انجام برخی عملیات بانکی توسط اقوام مختلف به خصوص یهودی ها که با استعداد طبیعی این قوم که بیشتر به فعالیت های بانکی پرداخته بودند، حیات تازه ای یافت ولی با مخالفت و تعصب شدید مقامات کلیسا علیه دریافت ربح از افراد و منع مشروط آن در مذهب یهود، این فعالیت تقریباً بلا مانع در برخی از مراکز شهر ها به طور انحصاری در اختیار این قوم قرار گرفت. در مذهب یهود منع دریافت بهره منحصر به منع دریافت آن از هم کیشان یهودی تعبیر شده، بنابراین این عملیات صرافی و به خصوص دریافت بهره از افراد غیر یهودی بلا مانع رواج یافت.

۳- بانکداری در دوره جدید (از قرن پانزدهم به بعد)

در دوره جدید با پیشرفت تدریجی، تجارت و داد و ستد در سواحل دریای مدیترانه به خصوص در شهرهای ونیز و فلورانس شروع شد. با کشف آمریکا و راه های دریایی جدید و استقرار روابط بازرگانی بین شرق و غرب کم کم دامنه فعالیت اقتصادی از سواحل دریای مدیترانه به کشورهای سواحل اقیانوس اطلس مانند فرانسه، اسپانیا، پرتغال و انگلیس گسترش پیدا کرد. این پیشرفت توأم با استفاده روز افزون از خدمات بانکی و نتیجتاً ازدیاد حرفه بانکداری به ویژه در شهر ونیز بود. ورود طلا و نقره فراوان از آمریکا و آثار پولی آن در کشورهای مختلف اروپایی از یک طرف و رفع ممنوعیت دریافت بهره در آیین مسیح بر اثر فتوای جان کالون رهبر پروتستان ها از طرف دیگر به افزایش فعالیت های بانکی و تکامل آن در این دوره کمک شایان نمود. عملیات بانکی محدود به نگهداری و خرید و فروش فلزات قیمتی و نقل و انتقالات وجوه از نقطه ای به نقطه ای دیگر بود. نشر اسکناس تبدیل پذیر به فلز (طلا و نقره) باعث رونق بانکداری گردید و محلی برای قبول سپرده های نقدی مردم و دولت شد. پرداخت وام و اعطای اعتبار توسعه پیدا کرد و چک (پول بانکی) کم کم جزء پول های در گردش شد. فعالیت و قدرت پولی این بانکداران به قدری توسعه پیدا نمود که حتی به پادشاهان (حکام) قرض می دادند و همین توسعه فعالیت و استفاده بیش از حد از اعتبارات بانکی به ورشکستگی های متعددی در نیمه دوم قرن هفدهم میلادی منتهی شد و بالاخره منجر به وضع مقررات قانونی دایر به منع عملیات بانکداران خصوصی در نشر اسکناس و ایجاد بانک های عمومی (بانک های مرکزی) در این دوره گردید.^۱

^۱ - همان، صص ۱۴ و ۱۵

بند دوم: پیشینه و مراحل بانکداری در ایران

۱- پیشینه بانکداری در ایران

سابقه صرافی در ایران به دوره هخامنشی می‌رسد، زیرا پس از آنکه کوروش بین‌النهرین را تصرف کرد و امپراطوری بابل سقوط کرد، ایران بر این کشور که مرکز عمده بازرگانی جهان قدیم بود، مسلط شد و موسسه‌های صرافی ا جی بی و مورا شورا، که یهودیان در آن کشور ایجاد کرده بودند، به خدمت دولت ایران در آمد و این موسسه‌ها به تدریج در سراسر امپراطوری هخامنشی تاسیس شد، زیرا ایران که بر سر راه‌های تجاری شرق به غرب قرار داشت و کالاهای مورد نیاز غرب از ایران می‌گذشت، تبدیل به یکی از مراکز مهم تجاری جهان شد.

در دوره‌های بعد، ایران هم‌چنان این موقعیت را حفظ کرد تجارت و هم‌پای آن صرافی در ایران رونق یافت، تا جایی که می‌توانیم بگوییم برات به معنای برگه‌ی حواله‌ی پرداخت قرض و زمان ادای دین و نیز چک از ابداعات موسسه‌های صرافی دوره ساسانی است^۱. با ورود دین اسلام به ایران، معاملات صرافی رونق بسیار یافت زیرا سرزمین‌های خلافت از مرز چین و هند تا ساحل اقیانوس اطلس گسترده بود و سرزمین‌های اسلامی مرکز تجارت جهان محسوب می‌شد. در کنار مراکز بازرگانی، مراکز صرافی نیز وجود داشت، از جمله در مصر، دکان‌های صرافی و دیگر دکان‌ها بود که زر و جواهر و می‌فروختند و سلطان مامورانی در بازار داشت که مراقب کسبه بودند تا بر کسی ستم نرود. در دوره سلجوقیان، در بازار بصره سه نقطه بود که در آن داد و ستد می‌کردند، یکی از سوق‌های بازار محل اجتماع صرافان بود؛ صراف حواله‌هایی به مشتریان خود می‌داد و آنها می‌توانستند با حواله صراف خرید کنند.

در اصفهان در زمان پادشاهان سلجوقی، بازاری بود که آن را بازار صرافان می‌گفتند و در آن دو بیست مرد صراف بودند و هر بازاری دری و دربندی داشت^۲. در دوره مغولان، ایغورها و مغولان به این حرفه می‌پرداختند و به جهت گسترش سرزمین‌های ایلخانان و رشد تجارت، صرافی رونق بسیار داشت^۳. در دوره تیموریان، بازرگانی از مرزهای ایران نیز فراتر رفت. روابط تجاری با بیزانس، عثمانی و ممالیک مصر برقرار بود. کاروان‌ها با کالای تجارتهای از کابل و هند به ایران می‌آمدند. بغداد و تبریز و دیگر شهرها مرکز رفت و آمد کاروان‌ها بود که در بازارهای آنها مراکز صرافی وجود داشت. در این دوره سکه‌های گوناگونی رایج بود: در ماوراءالنهر، دینار کپکی نقره، در

^۱ - غیر شمن، ایران از آغاز تا اسلام، ترجمه محمد معین، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1364، ص 408
^۲ - ناصر خسرو قبادیانی، سفرنامه ناصر خسرو، به کوشش سید محمد دبیر سیاقی، تهران، زوار، 1341 ه.ق، ص 154
^۳ - لمبتون، تداوم و تحول در تاریخ میانه ایران، ترجمه یعقوب آژند، تهران، نشرنی، 1372، ص 32

غرب، دینار بغدادی، شیرازی، عراقی و تبریزی. این دینارها به یکدیگر صرف می شدند، زیرا وزن و ارزش هر یک متفاوت بود. به علاوه، سکه دیگری به نام تنکه نقره بود که در شرق معمول بود. در دوره صفویه نیز تجارت رونق داشت و گسترش تجارت ابریشم و انحصار آن در دست دولت و نیز رابطه گسترده‌ی تجاری با دولت‌های اروپایی و هند سبب می شد که بازارهای دوره‌ی صفویه پر رونق باشند. تبدیل پول، یعنی صرافی، نیز یکی از مشاغل مهم این دوره محسوب می شد. به جهت رونق این حرفه، در دربار کسی منصب صراف باشی را بر عهده گرفت تا ارزش مسکوکات را تشخیص دهد. بسیاری به این حرفه روی می آوردند و در میدان شهر به تعویض پول می پرداختند، به ویژه صرافان هندی که در بازار قیصریه به این شغل اشتغال داشتند^۱ جنگ‌های ایلات و قبایل و آشفتگی‌های پس از سقوط صفویه، تجارت و در پی آن صرافی را در ایران از رونق انداخت؛ تا اینکه با قدرت گرفتن قاجاریه و تثبیت قدرت مرکزی و خاتمه جنگ‌های قبیله‌ای امنیت نسبی در ایران برقرار شد و تجارت به تدریج رونق یافت و صرافی نیز در پی آن پر رونق شد. به طوری که در این دوره صراف‌های محلی بر تمام مسکوکات شهر سیطره داشتند و به علت کمبود روز افزون مسکوکات، حمل و نقل سکه نقره را، در بخش عمده تجارت، از آن خود کرده بودند. صرافان به صورت صنفی سازمان یافته بودند که جایگاه و موقعیت آنها در شهرهای مختلف متفاوت بود.^۲

۲- چهار مرحله بانکداری در ایران

بانکداری در ایران چهار مرحله را پشت سر گذاشته است که در هر مرحله بنابر موقعیت سیاسی کشور دارای ویژگی‌ها و تفاوت‌های خاصی بود که آنها را از متمایز می کرد. مرحله ابتدایی بانکداری در ایران، از هنگام پادشاهی ناصرالدین شاه و با تاسیس بانک جدید شرقی آغاز شد و تا پایان حکومت قاجاریه ادامه یافت. در این دوره سرمایه داران ایرانی و خارجی برای تاسیس این نهاد به تلاش‌های وسیعی دست زدند؛ اما عاقبت به علل گوناگون، نخستین بانک را انگلیسی‌ها تاسیس کردند. در سراسر این دوره کوشش‌های سرمایه داران ملی برای تبدیل موسسه‌های صرافی خود به بانک، یا سعی آنان در تاسیس بانک ملی، در جریان کار مجلس اول، پس از انقلاب مشروطه بی نتیجه ماند.

مرحله دوم که از حکومت پهلوی آغاز شد تا سال ۱۳۲۰ه.ش که نیروهای متفق ایران را اشغال کردند، ادامه یافت. در این دوره ضعف بنیه‌ی مالی و اقتصادی سرمایه داران ایرانی مانع از آن می شد

^۱ - آدام اولناریوس، سفرنامه اولناریوس، ترجمه احمد بهپور، تهران، انتشارات فرهنگی ابتکار، ۱۳۶۳، ص ۳۴۳
^۲ - فلور ویلم، جستارهایی از تاریخ اجتماعی عصر قاجار، ترجمه ابوالقاسم سری، تهران، انتشارات توس، ۱۳۶۶، ص ۳۰۳