Archive of SID.ir

Journal of New Issues in Islamic Jurisprudence
https://rcjl.qom.ac.ir

Dynamics of Islamic Jurisprudential Rules in the Justification, Modification, and Completion of Banking Transactions

Seyyed Ali Mohamad Yasrebi*

Received: 2023, Sep 11 | Recieved in revised form: 2024, Oct 3 | Accepted: 2023, Sep 16 | Published: 2023, Nov 2

Abstract

This article examines the application of Islamic jurisprudential rules in the context of Islamic banking, employing a moderate approach grounded in practical experience and investigation. The article explores various topics, including the rules of "*Kul Qardh Jarr Manfa'ah Fahuwa Riba*"[1], "*Sihat*"[2], "*Akal Māl bi Bātil*"[3], "*Maqbūdh bi Aqd Fāsid*"[4], "*Nafy-e Qharar*"[5], "*Al-Uqūd Tābi'ah lil-Qusūd*"[6], "*Al-Muminūn Ind Shurūtihim*"[7], and "*Istīmān*"[8] with deference to their implications in banking contracts, banking transactions and regulations of non-usurious banking operations. Recruiting a descriptive-analytical approach, the article delves more exclusively into the status of these rules in banking civil partnership and *Mudhāribah*[9] contracts.

Keywords: Banking, Islamic Jurisprudence, Rule, Principle, Application.

* Associate Professor of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran; Email: myasrebi@ut.ac.ir.

[1] the prohibition of the interest included in a loan as dirty money.
[2] principle of validity of transactions.
[3] Acquisition of a property using dishonest techniques.
[4] Property acquired through a corrupt contract because the conditions for the validity of the contract were blatantly disregarded.
[5] The prohibition of fraudulent transactions, especially where the seller is aware of the fraud.
[6] According to this rule, the element of intention is an essential component in transaction contracts.
[7] According to this rule, it is obligatory that Muslims remain faithful to their promises in a transaction contract.
[8] According to this rule, the individual is liable to the damages inflicted on the property he is entrusted with.
[9] It's a kind of contract where the profit is divided between the contractor and the investor.

▣ Yasrebi, S.A.M., (2023)., Dynamics of Islamic Jurisprudential Rules in the Justification, Modification, and Completion of Banking Transactions. *Journal of New Issues in Islamic Jurisprudence, 1* (2) 279-291. https://doi.org/10.22091/RCJL.2023.9858.1027.

© The authors

Publisher: University of Qom

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

پژوهش‌های فقهی مسائل مستحدثه
https://rcjl.qom.ac.ir

پویایی قواعد فقه در توجیه، تصحیح و تکمیل معاملات بانکی

سیدعلی‌محمد یثربی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۷/۱۲ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۵ | تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۱۱

چکیده

این تحقیق ضمن مفروغ عنه گرفتن کارکرد قواعد فقه، کاربرد برخی از آن‌ها را در بانکداری اسلامی با استدلال متوسط در بوته تجربه و بررسی قرار داده است. این نوشتار، به موضوعاتی مانند قاعده کل قرض جر منفعه فهو ربا، قاعده صحت، کاربرد «ممنوعیت اکل مال به باطل» در عقود بانکی، قاعده «مقبوض به عقد فاسد» و کاربرد آن در عقود بانکی، کاربرد قاعده «نفی غرر» در عقود بانکی و آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، قاعده «العقود تابعة للقصود» و کاربرد آن در قراردادهای بانکی، کاربرد «المؤمنون عند شروطهم» در عقود بانکی و قاعده «استیمان» و کاربردهای بانکی آن پرداخته و میزان پوشش دهی در قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه را مطالعه کرده و درمجموع به نتایجی رسیده است.

واژگان کلیدی: بانک، اسلامی، قواعد، فقه، کاربرد.

* عضو هیئت‌علمی دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران | myasrebi@ut.ac.ir

یثربی، سیدعلی‌محمد. (۱۴۰۲). **پویایی قواعد فقه در توجیه، تصحیح و تکمیل معاملات بانکی**، پژوهش‌های فقهی مسائل مستحدثه. ۱(۲)، ۲۹۲-۲۸۰. https://doi.org/10.22091/RCJL.2023.9858.1027

© The authors

Publisher: University of Qom

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

مقدمه

بررسی قواعد فقه دارای کاربرد در معاملات بانکی، هم کارایی و پویایی قواعد فقه را در معرض نظر و عمل پژوهش گران، مجریان و کاربران قرار می‌دهد و هم تکلیف معاملات را از حیث قرب و بعد با موازین و ضوابط موجود در این قواعد روشن می‌کند. در اهمیت این رویکرد همین بس که اقتصاددان آشنا با فقه، می‌داند که بدون شناخت و استفاده صحیح از قواعد نمی‌توان به نظام بانکی و ابزارهای مالی سازگار با روح و احکام شریعت اسلامی در مورد اقتصاد دست یافت.

این نوشتار، ظرفیت بررسی خود قواعد فقه را ندارد، اما ضمن مفروغ عنه گرفتن قواعد، نمونه‌هایی از شمول یا عدم شمول قواعد را در عقود مشارکت و مضاربه و دستورالعمل فروش اقساطی در معرض دید قرار داده است.

الف) قاعده «کل قرض جر منفعه فهو ربا»

کاربرد در قراردادهای بانکی:

بانک دارای دو نقش اصلی است: تجهیز منابع و تخصیص منابع.

در تجهیز پول را از مردم می‌گیرد. بدین‌صورت که سپرده‌گذار مبلغی را به‌عنوان قرارداد قرض در اختیار بانک قرار دهد و بانک هم بهره‌ای را در مدت‌زمان مشخص یا به‌صورت اقساطی او قرار می‌دهد و در تخصیص هم که بانک مبالغی را به متقاضی می‌دهد و قرض گیرنده مبلغ مازادی بر اصل آن هنگام سررسید به‌صورت اقساطی یا دفعی به بانک بازپرداخت می‌کند.

کاربرد این قاعده هر نوع زیاده یا منفعتی است که به‌صورت شرط ضمن عقد قرض باشد. زیاده یا در مقدار است یا در وصف. وقتی مقرض پولی را قرض می‌دهد و مقدار بیش‌تری از آن را در قالب شرط پس می‌گیرد، زیاده در مقدار است و هنگامی‌که کالای شکسته یا کوچکی به قرض داده می‌شود و شرط می‌گردد که در سررسید کالای بزرگ‌تری را پس دهد، عنوان زیاده در صفت دارد. در لسان فقها، از زیاده در مقدار، به زیاده حقیقی و از زیاده در وصف، به زیاده حکمی تعبیر می‌شود.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

آیا هر نوع زیاده موجب تحقق ربای قرضی است؟ بسیاری از فقها مطلق زیاده را چه در عین، چه در صفت، مصداق ربای قرض حرام می‌دانند. برخی نیز قائل به‌تفصیل شده‌اند. (نجفی، ج ۲۵، ص ۱۰؛ کلینی، ج ۵، ص ۲۵۴)

توافق قبلی بدون تصریح درست عقد روی مبلغ زیادی نیز جایز نیست؛ چون قرض بر اساس آن واقع شده است (امام خمینی، ج ۱، ص ۶۵۱) ولی درصورتی‌که قرض دهنده می‌داند که قرض گیرنده آخرسر با رضایت خود چیزی اضافه به او می‌دهد، مباح است؛ اما نزد خداوند ثوابی ندارد. (حر عاملی، ج ۱۲، ص ۴۷۷، ح ۴ و ص ۴۵۴، ح ۱)

زیاده برای شخص ثالث نیز حرام است- چه پول نقد باشد، چه کاری که مستلزم هزینه مالی است؛ چنان‌که صحیح محمد بن قیس به آن ناطق است. (حر عاملی، ج ۱۲، ص ۴۷۷، ح ۴ و ص ۴۵۴، ح ۱)

اگر قرض دهنده شرط کند که قرض گیرنده چیزی را نزد قرض دهنده رهن بگذارد یا فردی را به‌عنوان ضامن یا کفیل معرفی کند، چنین شرطی هرچند به مصلحت قرض دهنده است، ربا و حرام نیست؛ چون تعیین‌کننده اصل بدهی است و نفعی برای قرض دهنده ندارد. آری اگر وام‌دهنده شرط کند که از شیء به رهن گذاشته‌شده استفاده نماید، ربا و حرام است؛ اما بدون شرط و در صورت رضایت صاحب رهن اشکالی ندارد.

روایت وارده را ملاحظه کنید:

«عن محمد بن مسلم، قال: سئلت اباعبدالله علیه‌السلام عن الرجل یستقرض عن الرجل قرضاً و یعطیه الرهن إما خادماً و إما آنیة و إما ثیاباً. فیحتاج الی شیءٍ من منفعته فیستأذفیه فیأذن فیه قال: "إذا طابت نفسه لا بأس "»؛

محمد مسلم می‌گوید:

" از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که از کسی قرض می‌گیرد و خادمی یا ظرفی یا لباسی را نزد وی رهن می‌گذارد؛ بعد قرض دهنده به چیزی از منافع رهن احتیاج پیدا می‌کند، پس از صاحب رهن اجازه می‌گیرد و او اجازه می‌دهد ".

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

امام صادق (ع) فرمودند: "اگر صاحب رهن راضی باشد، اشکالی ندارد."(حر عاملی، ج ۳، ص ۱۰۴، ح ۴)

ب) قاعده صحت

قاعده صحت عبارت است از حمل بر صحت و درست نمودن، جایی که در صحت یا فساد قراردادی تردید می‌شود. این قاعده در اعمال فردی و نیز در عبادات کاربرد دارد، اما در اینجا حمل بر صحت نمودن معاملات بانکی است.

یکی از ویژگی‌های بارز قراردادهای بانکی سرعت تحول آن در بازارهاست. بازار پول، شاهد تغییرات در اصل قراردادها و نیز شیوه اجرایی آن‌هاست. دائماً نوع قراردادها تغییر می‌کند. اگر اصالة الصحه را مبنا قرار دهیم، همه قراردادهای نوپدید تا زمانی که مخالف اصول و ضوابط عمومی عقود نباشد، تلقی به قبول خواهد شد؛ درحالی‌که اگر پای این اصل و قاعده در میان نباشد، همه قراردادهای جدید محل بحثند و قابل ترتیب اثر نیستند. در این صورت درست است که صاحب‌نظران پول و بانکداری با رعایت این اصل و رعایت ضوابط و شرایط عمومی عقود مسائل نوپدید را بررسی و تأیید می‌کنند، با ضمانت‌های بانکی که امری نوپدید است و با عقد ضمان تطابق ندارند چه باید کرد؟ چون وجود دین بر ضمانت از بابت آن مقدم است و باید محقق شده و علی‌الاصول از عهده مضمون عنه مستقل به عهده ضامن شود، خوب شرایط ضمان متعارف فراهم نیست و به‌اصطلاح عقدی مستحدث است که در صورت معهودیت عرفی، بتواند مصداق وفای به عقد باشد و تأیید گردد؛ چنان‌که در قراردادهای وثیقه بانکی که به اعتقاد برخی چون شرایط رهن را ندارد، در وضعیت عادی نمی‌تواند از قانون رهن پیروی کند؛ بلکه قراردادی جدید است که بر اساس اصل صحت قراردادها بتواند محکوم به صحت باشد.

در فروش اقساطی زمانی که مشتری بانک با کارت اعتباری بانک، کارت را روی دستگاه کارت‌خوان می‌کشد، دو معامله پشت سرهم رخ می‌دهد. اول به وکالت از طرف بانک برای بانک خریداری می‌کند و بعد به‌طور اقساطی از خودپرداز بانک کالای موردنظر را می‌-

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

خرد. این شکل از فروش اقساطی، پدیده جدیدی است که با معهودیت عرفی به‌عنوان قرارداد جدید با اصل صحت قراردادها توجیه و تصحیح می‌شود.

مدل عملیاتی سرمایه شناور که دو طرف روی حداقل و حداکثر سرمایه به توافق می‌رسند، آنگاه با هر واریز یا برداشتی مقدار سرمایه مضارب و سهم الشرکه در مشارکت مدنی تعیین می‌شود. این روش نوپدید را نیز با اصل صحت توجیه و تصحیح می‌کنند.

در تمام موارد باید اهلیت متعاملین و مالیت و ملکیت و طلق بودن عوضین و نیز ضوابط خود عقد مثل بری بودن از اکل مال به باطل، ضرر غرر، قمار و ربا ثابت باشد.

ج) کاربرد «ممنوعیت اکل مال به باطل» در عقود بانکی

ممنوعیت اکل مال به باطل، یکی از قواعد زیربنایی معاملات است. موضوع مالیت ندارد یا منفعت حلال ندارد یا موجب تضییع حق دیگران می‌گردد؛ همراه با ضرر و زیان است یا همراه با غرور و فریب است. موارد فساد و فحشا و لغو و لهو و امثال آن‌که در معاملات بانکی اتفاق بیفتد، معامله بانکی را مخدوش می‌کند. مصادیق اکل مال به باطل عبارتند از:

۱. واگذاری کالا یا خدمتی در قبال فاکتور صوری؛ مثلاً بانک مالک سود دریافتی نشده و تصرف در آن تصرف در مال غیر است.

۲. اعطای تسهیلات برای خرید کالای حرام مثل شراب و یا خدمت حرام مثل سقط‌جنین و ناباروری که سود دریافتی به ملکیت تسهیلات دهنده درنمی‌آید.

۳. اعطای تسهیلات در قراردادهای مرابحه فروش اقساطی و جعاله بانکی که موضوع معامله حرام باشد، مثل فساد و فحشا و آلات لغو و لهو و شهوت‌رانی و آلات قمار و دایر کردن اماکن فسق و فجور؛

۴. تسهیلات مضاربه‌ای برای واردات و تجارت داخلی کالاهای حرام؛

۵. فروش اقساطی و جعاله افزودن بر بدهی در قبال تمدید مدت بدهی.

د) قاعده «مقبوض به عقد فاسد» و کاربرد آن در عقود بانکی

فساد عقد گاهی از خود عقد است یا طریق عقد یا عدم اهلیت طرفین یا عدم قصد یا معلوم نبودن موضوع عقد فاسد است و چه بین دو نفر باشد و چه بین شخص و بانک، تفاوتی نمی‌کند؛

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

چنان‌که شروط فاسد مفسد نیز علت دیگر بطلان عقد است. در مثال در عقد بیع فاسد مشتری ضامن کالای تحویلی و بایع ضامن ثمن تحویلی خواهد بود.

در قرارداد جعاله با این‌که قول مشهور به ایقاع بودن آن است، مشمول عنوان قاعده است و در قرارداد اجاره، اگر کالا قابلیت اجاره را نداشته باشد، یا در مشارکت مدنی پول بانک در مورد مشارکت مصرف نشود و امثال آن، قاعده مایضمن جاری خواهد شد.

ه) کاربرد قاعده «نفی غرر» در عقود بانکی و آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا

متصدیان بانک باید ارکان اصلی قرارداد اعم از متقاعدین موضوع معامله مانند سهم الشرکه طرفین از سرمایه و کیفیت تقسیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی، موضوع اجاره و مبلغ اجاره‌بها در قرارداد اجاره به‌شرط تملیک را به مشتریان به‌خوبی تفهیم کنند تا معامله از غرری شدن محفوظ بماند.

در مورد قاعده غرر، باید مواد و بندها و تبصره قراردادها بررسی و به آن دقت گردد تا قراردادها به‌صورت غرری منعقد نشود. درحالی‌که به سایر قواعد فقهی به‌طورکلی دقت شده، به‌طور طبیعی با موارد مجاری منطبق و مجری می‌شوند. ملاحظه کنید:

مشارکت در بانک مرکزی:

ماده سوم عقد مشارکت مدنی مورد ابلاغ بانک مرکزی مربوط به مبلغ مشارکت سهم الشرکه بانک و درصد مشارکت است؛ چراکه مشخص نبودن آن‌ها موجب غرری شدن معامله می‌شود.

در ماده ۴ تصریح شده که بانک و شریک، موافقت کردند بانک سهم الشرکه خود را به حساب مشترک نزد بانک واریز کند. با توجه به این‌که ممکن است آورده شریک غیرنقدی باشد، آن‌وقت واریز آن به شخص وجهی ندارد. برای شفافیت و غرری نشدن موارد غیر نقدی نیز باید تصریح تقویم و اندازه‌گیری شود. در ماده ۱۷ و در تبصره ماده ۵ نیز برای ناظر به پرهیز از قاعده غرر است.

در ماده ۲ قرارداد مضاربه بانک مرکزی موضوع قرارداد به‌منظور افزایش شفافیت قرارداد تبیین شده است تا معامله مبتلا به غرری شدن نگردد.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

در ماده ۳ نیز به تعیین مبلغ تسهیلات و نحوه بازپرداخت تسهیلات پرداخته است.

در ماده ۱۹ نیز به‌منظور تضمین حسن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، مقرر شده است که متقاضی وثیقه ارائه دهد. در این ماده برای افزایش شفافیت قرارداد و جلوگیری از غرر، مشخصات کامل وثایق و وثیقه گذاران کامل و دقیق درج می‌شود.

و) قاعده «العقود تابعة للقصود» و کاربرد آن در قراردادهای بانکی

بنای این نوشتار بر این است که صرفاً در باب رابطه عقود و کاربرد بانکی آن باشد؛ اما به دلیل اهمیت نحوه قصد و آثار معنوی توضیح می‌دهیم.

قصد دارای دو وجه است:

۱. تحقق اصل قصد

ازجمله شرایط متعاقدین این است که طرفین عقدی را که در اول بر زبان می‌آورند، قصد کنند؛ بلکه در تحقق مفهوم عقد امری مقبول است؛ بنابراین بدون قصد لفظ و به‌قصد معنا عقد واقع می‌شود؛ لذا عقد غافل و نائم و غالط و هازل و سکران واقع نمی‌شود. معنای تبعیت این است که برای تابع بدون متبوع موجودیتی متصور نیست.

۲. عقد تابع قصد است

به این معنا که عقد محتاج موجب و قابل و عوض و معوض است و بعد از حصول این ارکان، هر عقدی اثر خاص خود از تملیک و منفعت و مانند آن را دارا می‌شود.

به اعتبار دیگر عقد دارای سه مرحله است:

۱. مرحله اول قصد ارکان؛

۲. مرحله دوم قصد متعلق؛

۳. مرحله سوم قصد احکام.

در مرحله اول و دوم، عقد تابع قاصد است و در مرحله سوم، قصد تابع عقد است. هر عقدی را اراده کرده، به‌مجرد اصل قصد و ارکان و متعلق عقد، احکام آن دنبال خواهد آمد.

تبعیت عقد از قصد در احکام معتبر نیست، بلکه ادله برای عدم لزوم قصد آن‌ها در حال

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

عقد است. این را ازاین‌جهت یادآوری کردیم که برخی از افاضل آورده‌اند که در موقع عقد قراردادهای بانکی طرفین باید تمام جزئیات عقد را قصد کنند. آنچه لازم است، اصل قصد و قصد ارکان و متعلق است، نه همه احکام.

ادله عدم عبارتند از:

۱. اجماع قطعی اصحاب بر عدم اعتبار آن؛ چون عنوان عقد اسم ماهیت عقد و ارکان آن است که باید قصد لفظ و معنا شود، نه لزوماً احکام آن.

۲. قیام سیره قطعی مسلمانان از دیرزمان تاکنون، بر عدم قصد احکام در عقود و ایقاعات بوده است. بالاتر از آن احکام عقود و ایقاعات آن‌قدر زیاد است که فقیه هم به‌تمامی آن اطلاع و حضور ذهن ندارد.

۳. اطلاق ادله به ترتیب این احکام بدون قید علم و قصد است.

۴. احکامی که در اصل شرع معنا شده است. در این‌گونه احکام قصد تابع عقد است نه عقد تابع قصد. (یثربی، ۱۳۹۸، ص ۳۴)

اما کاربرد:

عقود بانکی یک اقدام فقهی و حقوقی است که طرفین عقد یعنی بانک و مشتری باید هم در مرحله قصد و هم مرحله عمل، احکام آن را رعایت کنند. چگونه بانک به‌عنوان شخصیت حقوقی و در نقش یکی از متعاملین به انشای قرارداد بپردازد. بسیاری از فقهای معاصر وجود شخصیت حقوقی را پذیرفته و معاملات و دیگر امور مربوط به آن‌ها را تصحیح کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ص ۳۳۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۴۳)

کارمند بانک به نمایندگی از مسئولان بانک، به انعقاد عقد با مشتری اقدام می‌کند و مشتریان، طرف قرارداد رئیس یا کارمند بانک به‌عنوان نماینده شخصیت حقوقی بانک هستند.

ز) کاربرد «المؤمنون عند شروطهم» در عقود بانکی

تجهیز و تخصیص به‌عنوان دو نقش مهم بانکی، در سایه عقود به نتیجه می‌رسد. بسیاری از توافقات به‌صورت شرط ضمن عقد در قرارداد گنجانده می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت: قاعده "المؤمنون عند شروطهم " یکی از پرکارترین قواعد است.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

شروط یا فاسدند یا مفسدند و یا صحیح.

شروط صحیح بر سه نوع است:

۱. شرط صفت

در شرط صفت باید مورد معامله عین خارجی باشد و شرط حاوی صفتی از صفات مورد معامله باشد. کمی باشد یا کیفی، تفاوتی نمی‌کند.

۲. شرط فعل

شرط فعل آن است که در ضمن عقد، انجام یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملین و یا بر شخص خارجی شرط شود.

۳. شرط نتیجه

شرط نتیجه یا شرط غایت آن است که شرط تحقق امری در خارج شود. شرط نتیجه در صورتی است که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد که نفس اشتراط حاصل می‌گردد وگرنه حاصل نمی‌شود. (یثربی، ۱۳۹۸، ص ۹۲)

مشارکت مدنی و شروط ضمن عقد

شروط تحمیلی یک‌طرفه، یکی از آسیب‌های جدی اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران است. البته ممکن است در حد اکراه به معنای فقهی حقوقی آن نباشد. حداقل در مقبولیت بانک و اعتبار و سرمایه اجتماعی تأثیر سوء خواهد گذاشت و موجب ناکارآمدی بانک خواهد شد. بانک می‌کوشد ریسک عقود مشارکتی را از راه شروط ضمن عقد پوشش دهد، چون اطلاعات درستی از مشتری و کارکرد و اعتبار تجاری او ندارد. این ریسک‌پذیری را می‌توان از طریق امین خبره یا تسهیلات اتحادیه‌ای جبران نمود. شروط در عقد شرکت دو گونه‌اند:

۱. شرط جبران ضرر

فقها شرط پرداخت جبران ضرر را پذیرفته‌اند. در این‌که به‌صورت شرط فعل باشد یا شرط نتیجه محل اختلاف‌نظر است. اگر شرط شود کل ضرر برای یک نفر باشد، شرکت باطل نیست چون ضرر جزء مقتضای عقد نیست.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۲. شرط پرداخت سود

اگر شرط شود کل سود برای یک نفر باشد، شرکت باطل است؛ چون خلاف مقتضای عقد است؛ اما اگر شرط شود کل ضرر برای یک نفر باشد، شرکت باطل نیست. (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۸۶)

در ماده ۶ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی و در ذیل تبصره ماده ۷ و در مواد ۱۱، ۱۳، ۱۶، ۱۸ و مواد ۲۲- ۲۵، نکاتی هست که ازنظر برخی اقتصاددانان فقه آشنا، محل کلام است که خود موضوع مقاله‌ای مختص است. (برای مطالعه بیش‌تر نک. موسوی خمینی، ج ۱، ص ۲۸۶، ح ۵)

در میزان تطابق مواد یادشده با موازین شرط در فقه ازنظر اقتصاددانان فقه آشنا، تعلیقاتی است که از حوصله این نوشتار خارج است. (برای مطالعه بیش‌تر نک. نظرپور، ۱۳۹۷، ص ۱۳۰.۱۳۸)

ح) قاعده «استیمان» و کاربردهای بانکی آن

فرد امین تا زمانی که بر امانت‌داری خویش باقی است، اگر آنچه در ید و تصرف دارد، بدون تعدی و تفریط تلف شود، ضامن نیست. مثل ید عدم ضمان و دعی و دلال و مرتهن و شریک و عامل مضاربه و مستعیر و عامل مزارعه و مضاربه و مستعیر و مساقات و عین مستأجره و وکیل و یابنده مال گمشده همه و همه امین مالی هستند. درصورتی‌که بدون تعدی و تفریط مال در دستشان تلف شود، ضامن نخواهند بود. (یثربی، ۱۴۰۰، ص ۷۲)

این قاعده در قراردادهای بانکی نیز کاربرد دارد و در حکم ضمان یا عدم ضمان باید مطابق آن عمل شود.

در قرارداد مشارکت مدنی بند ۲ ماده ۱۳ آمده است:

«شریک مسئول جبران ضرر و زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت خواهد بود».

حسب قاعده استیمان، شریک در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نیست. استناد و انتساب ضرر به او موجب مسئولیت جبران خسارت است؛ اما این شرط به‌صورت مطلق و در

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

فرض عدم تعدی و تفریط ضامن دانسته است. ماده ۱۱ و ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه ازنظر انطباق محل کلام است. همین ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی نیز ازاین‌جهت محل آمده است.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

منابع

قرآن کریم.

۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، **وسائل الشیعه**، قم: آل البیت.

۲. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۲)، **جامع الاحکام**، قم: دفتر مرجعیت.

۳. طریحی، فخرالدین بن محمدعلی (۱۴۱۶)، **مجمع البحرین**، تهران: مرتضوی.

۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، **کافی**، تهران: دارالکتاب.

۵. مراغی، عبدالقادر (۱۴۱۷)، **عناوین الاصول**، قم: نشر اسلامی.

۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۹)، **القواعد الفقهیه**، قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).

۷. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۲)، **کتاب البیع**، قم: اسماعیلیان.

۸. موسویان و دیگران (۱۳۸۱)، **دیار**، قم: بوستان کتاب.

۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۱۵)، **جواهرالکلام**، بیروت، بی‌نا.

۱۰. نراقی، احمد بن محمدمهدی (۱۴۱۷)، **عوائد**، قم: نشر اسلامی.

۱۱. نظرپور، محمدتقی و فرشته ملاپور (۱۳۹۷)، **کاربرد قواعد فقه در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی**، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.

۱۲. یثربی، سید علی‌محمد (۱۳۹۶)، **فقه ضمان قهری و حقوق خصوصی جزایی و عمومی**، تهران: دانشگاه تهران.

۱۳. یثربی، سید علی‌محمد (۱۳۹۸)، **قواعد فقه استدلالی جامع**، تهران: میزان.

References

The Holy Quran.

Hur Ameli, M. bin H. (1409 AH). Vasāil al-Shia. Qom: Al al-Beyt Publishing House.

Safi Golpayegani, L. (1412 AH). Jāmi al-Ahkām. Qom: The Office of Ayatollah Safi Golpayegani.

Tariji, F. bin M. A. (1416 AH). Majma al-Bahrein. Tehran: Mortazavi Publication.

Kuleini, M. bin Y. (1407 AH). Kāfi. Tehran: Dar al-Kitab.

Maraghi, A. Q. (1417 Ah). Anāwīn al-Usūl. Qom: Islamic Publishing House.

Makarem Shirazi, N. (1379 AH). al-Qisas al-Fiqhiyyah. Qom: Academy of Imam Ali bin Abi Talib (AS).

Mousavi Khomeini, R. (1412 AH). Kitāb al-Bai'. Qom: Ismailian Publication.

Najafi, M. H. (1415 AH). Jawāhir al-Kalām. Beirut: Institute for the Cultural Revival of Islamic Traditions.

Naraghi, A. bin M. M. (1417 AH). Awāid. Qom: Islamic Publishing House.

Nazarpour, M. T., & Mollapour, F. (2017). Application of Islamic jurisprudential rules in a sample of banking contracts. Tehran: Research Institute of Finance and Banking.

Yasrebi, S. A. M. (2016). Jurisprudence of forced guarantee in public and private criminal law. Tehran: University of Tehran.

Yasrebi, S. A. M. (2019). Comprehensive Argumentative Jurisprudence Rules. Tehran: Mizan.

Archive of SID.ir