مهندسی مالی عقود در بانکداری اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۲۰ تاریخ تأیید: ۱۳۸۸/۱۱/۳۰

سیدعباس موسویان*

چکیده

بانکداری متعارف، تمام تقاضاهای مصرفی خانوارها و سرمایه‌گذاری بنگاه‌های اقتصادی را با قطع‌نظر از اینکه متقاضی، تسهیلات را برای چه نوع نیازی لازم دارد، از راه وام بابهره پاسخ می‌دهد، در حالی که بانکداری اسلامی برای هر نیازی ابزار خاصی دارد که اعطای تسهیلات براساس آن انجام می‌گیرد و مزیت اصلی بانکداری اسلامی نیز در همین نکته نهفته است.

بانک‌های اسلامی با تجربه بیش از چهل سال، نشان داده‌اند، می‌توان تمام تقاضاها را از راه عقدهای غیرانتفاعی و انتفاعی مورد تأیید اسلام پاسخ داد. مقاله پیش‌رو در صدد است با روش تحلیلی و توصیفی و با روش مهندسی مالی و با استفاده از تجربه بانک‌های اسلامی و با استفاده از فقه امامیه و مذاهب رسمی اهل سنت، فرضیه ذیل را اثبات کند که:

«با طبقه‌بندی عقدهای اسلامی، نیازهای متقاضیان تسهیلات و انواع بانک‌ها، می‌توان مشروع‌ترین، جامع‌ترین و کاراترین مدل اعطای تسهیلات در بانکداری اسلامی را طراحی کرد».

اثبات چنین فرضیه‌ای به استانداردسازی شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری اسلامی کمک می‌کند.

واژگان کلیدی: *بانکداری اسلامی، بانک‌های قرض‌الحسنه، تجاری، تخصصی، عقدهای غیرانتفاعی، مبادله‌ای و مشارکتی.*

طبقه‌بندی JEL: D81, E44, G21, K12.

*. دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. Email: samosavian@yahoo.com.

Archive of SID

www.SID.ir

مقدمه

یکی از تفاوت‌های اساسی بانکداری اسلامی با بانکداری متعارف در روش‌های تخصیص منابع است. در بانکداری متعارف برای تمام نیازها اعم از نیازهای مصرفی یا سرمایه‌گذاری و با قطع‌نظر از اینکه متقاضی، تسهیلات درخواستی را برای خرید کالا یا خدمات می‌خواهد یا نیاز به سرمایه در گردش دارد، در تمام موارد از راه وام بابهره پاسخ می‌دهد؛ در حالی که در بانکداری اسلامی برای هر نیازی ابزار خاصی وجود دارد که اعطای تسهیلات براساس آن بهترین نتیجه را به همراه دارد و مهم‌ترین مزیت بانکداری اسلامی نیز در همین نکته نهفته است. در تقسیم‌بندی عمومی، متقاضیان تسهیلات بانک‌های اسلامی را می‌شود در سه گروه عمده به شرح ذیل طبقه‌بندی کرد:

گروه نخست: خانوارها: این گروه به دو زیربخش خانوارهای نیازمند که جهت مایحتاج ضرور زندگی، تقاضای تسهیلات دارند و افزون بر منابع دریافتی به پرداخت سود قادر نیستند و خانوارهای متعارف و مرفه که جهت خرید کالاها و خدمات رفاهی تقاضای تسهیلات دارند و توان برگرداندن اصل تسهیلات و سود آن را دارند، تقسم می‌شوند.

گروه دوم: بنگاه‌های اقتصادی: متقاضیان اصلی تسهیلات بانکی، بنگاه‌های اقتصادی است که جهت فعالیتاقتصادی نیازمند تسهیلات بانکی هستند. این گروه گاه تقاضای تسهیلات کوتاه و میان‌مدت برای خرید مواد اولیه، ابزار تولید، ماشین‌آلات و دیگر کالاهای سرمایه‌ای و گاه برای خرید خدمات مانند: تعمیر محل کار، تعمیر ماشین‌الات، حمل‌ونقل و گاه برای سرمایه در گردش پول نقد لازم دارند. همان‌طور که گاهی برای سرمایه‌گذاری در طرح‌ها و پروژه‌های توسعه‌ای به سرمایه بلندمدت و قابل توجه احتیاج دارند.

گروه سوم: دولت و مؤسسه‌های وابسته به دولت: دولت‌ها و مؤسسه‌های وابسته به دولت نیز مانند بنگاه‌های اقتصادی گاه نیازهای کوتاه‌مدت و میان‌مدت جهت خرید کالاها و خدمات دارند و گاه جهت سرمایه‌گذاری در طرح‌ها و پروژه‌های عمرانی نیازمند تأمین مالی بلندمدت هستند.

مطالعه آموزه‌های اقتصادی اسلام نشان می‌دهد، دین اسلام در کنار تحریم ربا انواعی از ابزارهای مالی غیرانتفاعی و انتفاعی با کارکردهای گوناگون و متنوع را تأیید کرده که هیچ‌یک از نیازهای واقعی خانوارها و بنگاه‌های اقتصادی بی‌پاسخ نمی‌ماند. تجربه بیش از

Archive of SID
www.SID.ir

چهل سال بانکداری اسلامی نیز به ما این امکان را می‌دهد تا کارامدترین ابزارهای مـالی را برای بانک‌های اسلامی انتخاب کنیم. ابزارهایی که از یک‌سو بیشترین تاییدهای شرعی را از ناحیه مذاهب فقهی اسلامی و از سوی دیگر، از جهت فنی بیشترین سازگاری را با ماهیـت بانک و دیگر مؤسسه‌های اعتباری داشته باشند.

مقاله پیش‌رو در صدد است با روش تحلیلی و توصیفی و با روش مهندسی مـالی و بـا استفاده از ظرفیت‌های فقه امامیه و مذاهب رسمی اهل سنت، فرضیه ذیل را اثبات کند:

«با طبقه‌بندی عقدهای اسلامی، نیازهای متقاضیان تسهیلات و انواع بانک‌ها، می‌تـوان مـشروع‌تـرین، جامع‌ترین و کاراترین مدل اعطای تسهیلات در بانکداری اسلامی را طراحی کرد».

اثبات چنین فرضیه‌ای بـه استانداردسـازی شـیوه‌هـای اعطـای تـسهیلات در بانکـداری اسلامی کمک کرده به ایده فراگیرشدن صنعت بانکداری اسلامی سرعت می‌بخشد.

با توجه به هدف تحقیق که به دنبال ارائه مدلی جامع از دیدگاه مذاهب اسـلامی اسـت، کوشش شده مسائل فقهی از معتبرترین و قابل استنادترین منابع گرفته شود، بر ایـن اسـاس مآخذ ذیل که بیانگر دیدگاه مشهور و رسمی مذاهب اسلامی اسـت، مآخـذ اصـلی بخـش فقهی را تشکیل می‌دهند: *جواهرالکلام* / محمدحسن نجفی؛ *العـروة الـوثقی* / سـیدمحمدکاظم طباطبایی‌یزدی؛ *توضـیح المـسائل مراجـع تقلیـد* / سیدمحمدحـسن بنـی‌هاشـم؛ *تحریرالوسـیله* / سیدروح‌الله موسوی‌خمینـی؛ *الموسـوعة الفقهیـه* / وزارة الاوقـاف و الـشئون الاسـلامیه؛ *الفقـه الاسلامی و أدلّته* / وهبة زحیلی؛ *المعاملات المالیّة المعاصرة* / وهبة زحیلی و *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البیت* ﷺ / جزیری.

ادبیات موضوع

بیش از سی سال از تأسیس بانک‌های اسلامی می‌گذرد. هر یک از بانک‌های اسلامی به تناسـب مذهب فقهی و وضعیت اقتصادی حاکم بر جامعـه کوشـیده از انـواع شـیوه‌هـا، بـرای تـأمین مـالی خانوارها، بنگاه‌ها و دولت‌ها استفاده کند. این تنوع شیوه‌های تأمین مالی گرچه در کوتاه‌مدت مناسب است و باعث کسب تجربه و شناسایی شیوه‌های کاراتر می‌شود اما در بلندمدت مانع از شکل‌گیـری نظام بانکداری اسلامی یک‌پارچه در کشورهای اسلامی می‌شود. بر ایـن اسـاس ضـرورت دارد بـه سوی طراحی شیوه‌های استاندارد که از جهت فقهی و کارایی مورد وفـاق تمـام بانکـداران مـسلمان باشد، حرکت کنیم. در این جهت به‌صورت خلاصه شیوه‌های تأمین مالی برخی از بانک‌هـای مهـم اسلامی بررسی می‌شود:

Archive of SID
www.SID.ir

۱. بانکداری اسلامی مصر

نخستین تجربه بانکداری اسلامی مربوط به کشور مصر است، دکتر احمد النجار در سال ۱۹٦۳ میلادی مؤسسه‌ای را تأسیس کرد که براساس آموزه‌های اسلامی فعالیت می‌کرد. این مؤسسه به علت سیاسی با شکست روبه‌رو شد. در سال ۱۹۷۲ بانک اجتماعی ناصر به وسیله دولت مصر تأسیس شد و براساس نظام بدون بهره شروع به فعالیت کرد، بعد از آن بانک‌های اسلامی دیگری در مصر تأسیس شدند و روش‌های گوناگون تأمین مالی را تجربه کردند، امروزه بانک‌های اسلامی مصر از راه قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، اجاره به شرط تملیک، سلف، استصناع، مضاربه و مشارکت، تسهیلات پرداخت می‌کنند (حسن‌زاده، ۱۳۸۵: ۱٤٦ ـ ۱٤٤).

۲. بانکداری بدون ربای ایران

بانکداری بدون ربای ایران که از سال ۱۳٦۳ آغاز به کار کرده کاملترین روش‌های تأمین مالی را به کار گرفته است، بانک‌های ایران که همه براساس قانون عملیات بانکی بدون ربا کار می‌کنند برای تأمین مالی مشتریان و طرح‌های اقتصادی از روش‌های قرض‌الحسنه، قراردادهای مبادله‌ای (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، سلف و خرید دین)، قراردادهای مشارکتی (مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات) و سرمایه‌گذاری مستقیم، استفاده می‌کنند (بهمنی و غفاری، ۱۳۸٤: ۱۲۱).

۳. بانک دبی اسلامی

این بانک که در جایگاه نخستین بانک خصوصی اسلامی شناخته می‌شود، در سال ۱۹۷۵ میلادی تأسیس شد این بانک برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، استصناع، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کند (حسن‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۵۱).

۴. بانک اسلامی اردن

این بانک نیز که از نخستین بانک‌های اسلامی شمرده می‌شود، برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، مضاربه و مشارکت کاهنده استفاده می‌کند (موسویان، ۱۳۸۳: ۱۳۰).

۵. بانک توسعه اسلامی

این بانک که در سال ۱۹۷۵ میلادی تأسیس و به‌صورت بین‌المللی فعالیت می‌کند، برای تأمین مالی طرح‌ها و پروژهای عمرانی از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره به شرط

Archive of SID
www.SID.ir

تملیک، استصناع، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کند (میرجلیلی، ۱۳۸٤: ۱۲).

۶. بانک الجزیره عربستان

این بانک که در سال ۱۹۷۵ میلادی تأسیس و امروزه یکی از بانک‌های بزرگ اسلامی شمرده می‌شود، برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، استصناع، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کند (حسن‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۵۱).

۷. بیت‌التمویل کویت

این بانک که در سال ۱۹۷۷ میلادی تأسیس و امروزه دومین بانک بزرگ اسلامی شمرده می‌شود، برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، سلف، استصناع، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کند (همان: ۱٤۸).

۸. بانکداری اسلامی سودان

نخستین بانک اسلامی سودان بانک فیصل بود که در سال ۱۹۷۷ میلادی تأسیس و در کنار بانک‌های متعارف فعالیت می‌کرد، تحول اساسی در بانکداری سودان در سال ۱۹۹۲ رخ داد و مطابق قانون هر معامله‌ای که مطابق شریعت نبود در بخش مالی ممنوع اعلام شد و به این ترتیب بانکداری سودان نیز مانند ایران به‌صورت کامل براساس بدون ربا طراحی شد. بانک‌های اسلامی سودان برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، جعاله، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کنند (همان: ۱۳۲).

۹. بانکداری اسلامی پاکستان

روند اسلامی‌شدن نظام بانکی در پاکستان از سال ۱۹۷۷ شروع شد و از سال ۱۹۸۰ به‌صورت رسمی بانک‌های اسلامی شروع به کار کردند و از سال ۱۹۸۵ و با ممنوعیت نظام مبتنی بر بهره، کل نظام بانکی تبدیل به بانکداری بدون ربا شد. بانک‌های اسلامی پاکستان برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، اجاره به شرط تملیک، خرید دین، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کنند (همان: ۱۳۸).

۱۰. بانکداری اسلامی مالزی

سابقه بانکداری اسلامی در مالزی به سال ۱۹٦۳ مربوط می‌شود زمانی که «مؤسسه پس‌انداز زائرین» برای سرمایه‌گذاری سپرده‌های حجاج مالزی تشکیل شد اما فعالیت رسمی بانک‌های اسلامی از سال ۱۹۸۳ که قانون بانکداری اسلامی تصویب شد، با تأسیس

Archive of SID
www.SID.ir

بانک برهاد آغاز شد و تا سال ۱۹۹۳ فقط بانک اسلامی مالزی بود بعد از آن بانک‌های دیگری تأسیس شد. بانک‌های اسلامی مالزی برای تأمین مالی مشتریان از شیوه‌های قرض‌الحسنه، مرابحه، اجاره، اجاره به شرط تملیک، خرید دین، تورق، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کنند (همان: ۱٤۱).

شیوه‌های تأمین مالی از دیدگاه اسلام

دین اسلام در کنار تحریم قرض با بهره به عنوان ربا، قراردادهای متعدد و متنوعی جهت سامان‌دادن نیازهای مردم تأیید کرده است. برخی از این قراردادها افزون بر کاربردهای فردی قابلیت کاربرد سیستمی در نظام اقتصادی به‌ویژه بانک‌ها و بازارهای مالی اسلامی را نیز دارند. در این قسمت ابتدا با تعریف، ماهیت، ارکان و شرایط صحت این قراردادها از دیدگاه مذاهب فقهی اسلامی آشنا می‌شویم آنگاه کاربرد آنها را در اعطای تسهیلات بانکی بررسی می‌کنیم.

۱. قرض‌الحسنه

یکی از قراردادهایی که می‌تواند در بخش تخصیص منابع در بانکداری اسلامی مورد استفاده قرار گیرد، قرارداد قرض بدون بهره یا قرض‌الحسنه است.

تعریف قرض

قرض در لغت به معنای بریدن و قطع‌کردن است (عمید، ۱۳۷٦: ۹۳۷) و در اصطلاح قرض عقدی است که به سبب آن یکی از طرفین مقدار معیّنی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که آن طرف مثل آن را از حیث مقدار، جنس و وصف رد کند و در صورت تعذر تسلیم مثل، قیمت یوم‌الرد آن را بدهد (موسوی‌خمینی، ۱۳٦۳: ۱، ۵۹۹؛ نجفی، ۱۳٦۷: ج ۲۵، ۱۸ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۹).

ارکان عقد قرض

أ. طرفین عقد؛ در عقد قرض، قرض‌دهنده را مقرِض و قرض‌گیرنده را مقترِض می‌گویند. مقرض و مقترض باید شرایط قراردادها مانند: بلوغ، عقل، رشد، قصد و اختیار داشته باشند (موسوی‌خمینی، ۱۳٦۳: ٦۰۰).

ب. ایجاب و قبول؛ عقد قرض مانند عقدهای دیگر، نیاز به لفظی دارد که رضایت طرفین را برساند. هر لفظی به هر زبانی که مقصود از عقد قرض را برساند کافی است. بسیاری از فقیهان معاطات در قرض را هم صحیح می‌دانند؛ اگر چیزی را به نیت قرض به کسی بدهد و وی هم به

Archive of SID

www.SID.ir

همین قصد بگیرد صحیح است (همان؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۲ و زحیلی، ۱٤۰۹: ۲، ۳٤۱).

ج. موضوع قرض؛ مالی که مورد قرض قرار می‌گیرد باید شرایط ذیل را داشته باشد:

۱. باید عین باشد؛ بنابراین نمی‌توان دَین و منفعت را قرض داد، البته شافعیه و مالکیه قرض منافع را هم صحیح می‌دانند (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۲۰)؛

۲. از نظر شرعی و عرفی مالیت داشته باشد بنابراین خوک و سگ ولگرد و مسکرات را نمی‌توان قرض داد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳۳۸)؛

۳. مورد قرض باید از حیث جنس، نوع و مقدار معلوم باشد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۱٤؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳۳۸ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۲۱)؛

٤. جواز قرض در مثلیات مورد اتفاق فقیهان شیعه و اهل سنت است اما قرض قیمی محل خلاف است (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲۳ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۱۹).

د. عوض؛ مقترض، متعهد می‌شود مثل یا قیمت مال قرض گرفته‌شده را به مقرض برگرداند.

ماهیت عقد قرض

درباره ماهیت و اوصاف عقد قرض نکته‌های ذیل قابل ذکر است:

۱. قرض عقدی تملیکی است: در عقد قرض، مورد قرض به ملکیت مقترض در می‌آید (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۲۳؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳٤۳ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۹)؛

۲. قرض عقدی معوض است: عقد قرض به‌صورت مجانی صورت نمی‌گیرد بلکه مقترض با قرارداد قرض، متعهد می‌شود مثل یا قیمت مال قرض گرفته‌شده را به مقرض برگرداند؛

۳. لزوم یا جواز عقد قرض: در اینکه آیا قرض، عقدی جایز است یا لازم بین فقیهان اختلاف است و این اختلاف نه‌تنها بین فقیهان شیعه بلکه بین فقیهان اهل سنت نیز موجود است (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۲۸؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲۱ و همو، ۲۰۰۲: ۸۱)؛

٤. لزوم رعایت سررسید در عقد قرض: گروهی از فقیهان شیعه و اهل سنت باور دارند که اگر در قرارداد قرض شرط زمان شود قرض‌دهنده حق مطالبه پیش از سررسید را ندارد و گروهی آن را لازم‌الرعایه نمی‌دانند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۳۰؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲۱؛ همو، ۲۰۰۲: ۸۱ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۲۸).

احکام اساسی عقد قرض

۱. قرض تملیک مال است و به باور تمام مذاهب جز مالکیه بعد از قبض و اقباض، تملک حاصل می‌شود و مالکیه باور دارد که با عقد ملکیت حاصل می‌شود (نجفی، ۱۳٦۷:

Archive of SID

www.SID.ir

۲۵، ۲۳؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲۱ و همو، ۲۰۰۲: ۸۰)؛

۲. اگر مال مورد قرض مثلی باشد (مانند: گندم، جو، طلا و نقره)، به باور شیعه مقترض باید مثل آن را به مقرض رد کند و اگر قیمی باشد (مانند گوسفند) مقترض باید قیمت یوم‌القرض آن را به مقرض رد کند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۱۸ و ۱۹). در بین اهل سنت، بدل در قرض قیمی محل خلاف است. شافعیه رد مثل صوری را لازم می‌دانند و حنابله در مکیل و موزون رد مثل و در غیر آن رد قیمت یوم‌القرض یا رد مثل صوری را لازم می‌دانند (جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳٤٤؛ الموسوعة الفقهیه: ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۲۳؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲٤)؛

۳. درباره کاهش یا افزایش ارزش مورد قرض، چنانکه مورد قرض از اموال مثلی باشد مقترض فقط ضامن رد مثل آن است؛ خواه قیمت آن در بازار افزایش یافته باشد و خواه کاهش (جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳٤٤)؛

٤. چنانکه در قرض شرط شود که مقترض زیادتر یا بهتر از آنچه قرض‌گرفته است به مقرض برگرداند، ربا و حرام است. همین‌طور اگر مقرض و مقترض در این‌باره تبانی کرده باشند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۵؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳٤۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۸۰؛ همو، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲٤، ۷۲۵ و ۷۲٦ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱٤: ۳۳، ۱۲۳)؛

۵. اگر مقترض بدون شرط قبلی خودش هنگام ادای دین مقداری اضافی به مقرض پرداخت کند اشکال نداشته، بلکه مستحب است. همچنین اگر مقرض بدون شرط قبلی امیدوار باشد یا علم داشته باشد به اینکه مقترض بیش از بدهی‌اش برمی‌گرداند، بدون اشکال است (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۵، ۷؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۵؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۳٤۵ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۲٤، ۷۲۵ و ۷۲٦)؛

٦. گرفتن کارمزد برای اعطای قرض، به‌ویژه زمانی که این کار به وسیله مؤسسه‌ای مانند بانک یا صندوق قرض‌الحسنه صورت پذیرد جایز است. مؤسسه‌هایی که ناچار به تحمل هزینه‌هایی مانند: اجاره مکان، حقوق کارکنان، قیمت آب، برق و تلفن هستند، مقرض می‌تواند تمام این هزینه‌ها را به عنوان کارمزد از مقترض دریافت کند و اگر تعداد قرض‌کننده‌ها فراوان است به تناسب بر کل آنها تقسیم کند (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۰۲ ـ ۵۹۹؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۲۹۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ٦۵۲).

Archive of SID
www.SID.ir

کاربرد قرض‌الحسنه در بانک‌های اسلامی

با توجه به ماهیت غیرانتفاعی و خیرخواهانه قرارداد قرض‌الحسنه بانک‌های اسلامی می‌توانند در جهت هدف‌های اجتماعی و خداپسندانه خود منابع حاصل از پس‌اندازهای قرض‌الحسنه افراد خیّر و بخشی از سرمایه داخلی یا وجوه اداره شده دولت یا مؤسسه‌های خیریه را با ضوابط ذیل به خانوارهای نیازمند و مؤسسه‌های خیریه‌ای که فعالیت اجتماعی دارند، قرض‌الحسنه بپردازند:

۱. تسهیلات قرض‌الحسنه فقط برای خانوارهای نیازمند جهت تأمین مایحتاج ضرور زندگی مانند: ازدواج، درمان، تحصیل، کمک هزینه خرید، ساخت، تعمیر یا اجاره مسکن، خرید لوازم ضرور منزل و تأمین سرمایه جهت فعالیت‌های اقتصادی کوچک داده می‌شود؛

۲. بانک اسلامی در برابر پول قرض داده شده سودی نمی‌گیرد اما می‌تواند در حد تأمین هزینه‌های مربوط به اعطای قرض‌الحسنه از متقاضیان قرض، کارمزد دریافت کند؛

۳. بانک اسلامی می‌تواند جهت امنیت سپرده‌ها، در برابر پول قرض داده شده، به دریافت وثیقه یا ضامن معتبر اقدام کند؛

٤. گرچه بانک‌های اسلامی برای تأمین مالی خانوارهای نیازمند می‌توانند از دیگر قراردادها مانند بیع نسیه اقساطی یا جعاله نیز استفاده کنند اما اولویت نخست برای تأمین مالی این خانوارها قرض‌الحسنه است؛ بنابراین با فرض وجود منابع مرتبط شیوه قرض‌الحسنه مقدم است.

۲. قراردادهای بیع (فروش)

یکی دیگر از قراردادهایی که می‌تواند به‌صورت گسترده در بانکداری اسلامی مورد استفاده قرار گیرد، عقد بیع است. عقد پیش‌گفته به‌صورت‌های بیع نسیه (اقساطی و دفعی)، بیع سلف و بیع دین به کار می‌رود.

تعریف بیع

بیع در لغت به معنای خریدوفروش (عمید، ١٣٧٦: ٢٩٨) و در اصطلاح به معنای تملیک مالی در برابر عوض معلوم است (موسوی‌خمینی، ١٤١٩: ١، ٤٦٣؛ ماده ٣٣٨ ق.م؛ نجفی، ١٣٦٧: ٢٢، ٢٠٣؛ جزیری، ١٤١٩: ٢، ١٤٧؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٣٤٤ و همو، ٢٠٠٢: ١٩).

ارکان عقد بیع

أ. **ایجاب و قبول:** قرارداد بیع مانند قراردادهای دیگر نیاز به ایجاب و قبول دارد. منظور از ایجاب و قبول، الفاظی است که با گفتن آن، طرفین، اراده خود را به انعقاد بیع اعلام

Archive of SID
www.SID.ir

می‌دارند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٤٦۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲٦؛ ماده ۳۳۹ ق.م؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱۵۵؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳٤۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱) اگر بیع فقط با دادوستد کالا، صورت پذیرد صحیح است و به آن «معاطات» گفته می‌شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ٤٦۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۹؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۲۱۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲٦؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۵۰ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱) و فقط شافعیه از اهل سنت صحت آن را نمی‌پذیرند (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۵۱ و جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱۵۵.

ب. طرفین عقد (متبایعان): در عقد بیع، فروشنده را بایع و خریدار را مشتری می‌گویند که باید شرایط ذیل را داشته باشند:

۱. طرفین عقد باید اهلیت معامله را داشته باشند؛ یعنی بالغ و عاقل باشند، معامله را با اختیار انجام دهند، قصد معامله کرده باشند و به جهت سفیه یا ورشکسته بودن محجور نباشند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۲٦۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۱٦؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱٦۰؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۵۹ و همو، ۲۰۰۲: ۲۰)؛

۲. طرفین عقد باید مالک آن چیزی باشند که به طرف مقابل تملیک می‌کنند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۲۷۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۱٦؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱٦٤؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۲)؛

۳. ولیّ، قیم و وکیل قانونی و شرعی طرفین عقد نیز می‌توانند به جای طرفین عقد، بیع کنند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۲۷۲ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۹۸)؛

٤. اگر کسی با مال دیگری بیع کند بیع، فضولی بوده و صحت آن به اجازه مالک منوط است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ٤٦۵؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۲۷۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۰؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۷۳ و جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱٦۵).

ج. عوضان: در عقد بیع چیزی که مورد معامله قرار می‌گیرد، مبیع(مثمن) و چیزی که در برابر، مشتری به بایع می‌پردازد، ثمن نامیده می‌شود و شرایط ذیل را دارد:

۱. به باور مشهور فقیهان شیعه و اهل سنت، مبیع باید عین باشد چه عین خارجی و چه کلی در ذمه و نمی‌توان منفعت چیزی یا عمل کسی یا حقی را به عنوان مبیع به فروش رساند اما می‌توان منفعت چیزی را به عنوان ثمن، در عقد بیع قرار داد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲)؛

۲. مالیت داشته باشد یعنی ارزش عقلایی داشته باشد (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۳٤۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱)؛

۳. قابل تسلیم به مشتری باشد (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ۳۸٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱٦٤؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۲)؛

٤. مورد معامله باید معیّن باشد؛ بنابراین نمی‌تواند مردّد بین دو یا چند چیز باشد

Archive of SID
www.SID.ir

(موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱،٤٧٦)؛

۵. باید معلوم باشد؛ بنابراین بیع چیزی که از جهت مقدار، جنس و وصف مجهول است، صحیح نیست (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ٤۱۷؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۲، ۱٦۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۲۲).

احکام بیع

۱. در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای طرفین یا وجود مدت برای تسلیم مبیع یا ثمن، اشکال ندارد (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۲، ٤۰٤ و ۲۳، ۳)؛

۲. بیع فاسد اثری در تملیک ندارد و اگرکسی به بیع فاسدی، مالی را قبض کند باید آن را برگرداند؛

۳. عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به پرداخت ثمن ملزم می‌کند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۳، ۱٤٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲،۲۲۹ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤،٤۱۳)؛

٤. کیفیت تسلیم در انواع مبیع متفاوت است و در تمام موارد، حکم عرف، ملاک صدق تسلیم است (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۱۹)؛

۵. اگر مبیع پیش از آن در تصرف مشتری بوده باشد نیازی به قبض جدید نیست و در ثمن نیز چنین است (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۲۱).

٦. در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع، اجبار به تسلیم می‌شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٦۰۲ ـ ٤۹۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۹؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ٤۰؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۳، ۱٤۵ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۱٤).

تقسیمات بیع

قرارداد بیع از جهت‌های گوناگون قابل تقسیم است:

بیع مؤجّل و حالّ

بیع بر حسب حال یا مدت‌دار بودن ثمن یا مبیع یا هر دوی آنها چهار قسم می‌شود:

أ. بیع نقد

بیعی که در آن هم مبیع و هم ثمن حالّ (نقد) باشد بیع نقد گویند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٦۰۲ ـ ٤۹۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۹؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۳، ۹۸ و الموسوعة الفقهیه، ۱٤۱۹: ٤۱، ۱۳۸).

Archive of SID
www.SID.ir

ب. بیع نسیه

بیعی که در آن مبیع حالّ اما ثمن مؤجّل باشد بیع نسیه گویند کـه خـود بـه دو نـوع دفعـی و تدریجی (اقساطی) تقسیم می‌شود (نجفی، ١٣٦٧: ٢٣، ٩٩ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٢٢٩ و ٢٣٠).

ضوابط بیع نقد و نسیه

١. اطلاق عقد بیع مقتضی آن است که ثمن و مبیع، نقد باشند (نجفی، ١٣٦٧: ٢٣، ٩٨)؛

٢. در معامله نسیه، باید زمان پرداخت ثمن معیّن شود مگرنه بیع باطل می‌شود (همـان: ٢٣، ١٠٠ و مراجع تقلید،١٣٨٧: ٢، ٢٣٠)؛

٣. در بیع نسیه پیش از تمام‌شدن مدت، بایع نمی‌تواند ثمن را از مشتری مطالبه کند (نجفی، ١٣٦٧: ٢٣، ١١٤ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٢٣٠)؛

٤. اگر فروشنده، قیمت نسیه مبیع را گران‌تر از قیمت نقدی آن اعـلام کنـد، بـه‌طـوری کـه مشتری از قیمت نسیه و نقدی آن خبر داشته باشد، معامله صحیح است (نجفی، ١٣٦٧: ٢٣، ١٢٠ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٢٣٠)؛

٥. مدت‌دار کردن بیعی‌که در اصل به‌صورت نقـدی منعقـد شـده اسـت، در برابـر افـزودن چیزی بر ثمن آن، جایز نیست اما عکس آن، یعنی کم‌کردن مقداری از ثمن برای پرداخـت زودتر، جایز است (موسوی‌خمینی، ١٣٧٢: ١، ٥٩٧ ـ ٤٩١؛ مراجـع تقلیـد، ١٣٨٧: ٢، ٢٣١ و نجفی، ١٣٦٧: ٢٣، ١٢٠ و ١٢١).

ج. بیع سَلَف یا سلم

سلف عکس نسیه بوده و آن بیعی اسـت کـه مبیـع مـدت‌دار بـوده امـا ثمـن نقـد اسـت (موسوی‌خمینی، ١٣٧٢: ١، ٤٩٩؛ مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٢٣١؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٤٩٨؛ نجفـی، ١٣٦٧: ٢٤، ٢٦٧؛ جزیری، ١٤١٩: ٢، ٣٠٢؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٥٩٨ و همو، ٢٠٠٢: ٢٩٥).

شرایط بیع سَلَف

در بیع سلف باید شرایط ذیل رعایت شود:

١. ویژگی‌های مبیع که قیمت به واسطه آنها فرق مـی‌کنـد، از نظـر جـنس و وصـف بایـد مشخص باشد تا حدی که عرفاً، جهالت درباره آن کالا رفع شود (موسوی‌خمینی، ١٣٧٢: ١، ٥٠٠؛ مراجـع تقلیـد، ١٣٨٧: ٢، ٢٣٢؛ زحیلـی، ١٤٠٩: ٤، ٦٠٣؛ نجفـی، ١٣٦٧: ٢٤، ٢٧٥؛ جزیری، ١٤١٩: ٢، ٣٠٤ و زحیلی، ٢٠٠٢: ٢٩٨)؛

٢. ثمن در معامله سلف نقد است و کل آن باید در مجلس عقد تحویل بایع شـود (نجفـی، ١٣٦٧: ٢٤، ٢٨٩ و زحیلی، ٢٠٠٢: ٢٩٥).

Archive of SID
www.SID.ir

۳. در صورتی که مبیع، طلا یا نقره است ثمن آن طلا یا نقره نباشد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۱؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۲۷٤؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۰٤ و همو، ۲۰۰۲: ۲۸۹)؛
٤. زمان تحویل کالا به روز، ماه و سال تعیین شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۰۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۲۹۹؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۰۰ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۸)؛
۵. مقدار مبیع با مقیاس خاص خودش (با کیل، وزن، شمردن یا متر کردن) مشخص شود (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۲۹٦؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۰۳ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۸).
٦. مکان تحویل کالا مشخص شود، اگر قرینه برای آن وجود دارد ذکر مکان لازم نیست (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۳۳۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۰۰ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۸).

د. بیع کالی به کالی

بیعی است که در آن مبیع و ثمن مدت‌دار باشد و عملاً حین عقد چیزی معاوضه نشود (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳٦؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ٤۵۳ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۳۲).

چند نکته درباره بیع کالی به کالی

۱. عبارت کالی به کالی در فقه امامیه وجود ندارد و از فقه اهل سنت اقتباس شده است (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۲۹۵ و حسینی‌عاملی، ۱٤۱۸: ۱۱، ٤۸). کالی به همزه اسم فاعل یا مفعول به معنای مراقبت‌کننده یا مراقبت‌شده است (امامی، ۱۳۷۷: ۱، ٤٤۳)؛

۲. این بیع بنابه قول مشهور فقیهان باطل است و ملحق به بیع دَین به دَین می‌شود (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۳٤۷؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۳۲ و همو، ۲۰۰۲: ۱۹۹). برخی فقط بیع دَین به دَین را باطل می‌دانند اما بیع کالی به کالی را صحیح می‌دانند (فیاض، بی‌تا: ۲۳۳).

هـ. بیع دَین

اگر کسی دَینی بر عهده دیگری داشته باشد، فروش آن به ثمنی کمتر از مقدار دَین یا مساوی یا بیشتر از آن، به خود مدیون یا شخص ثالث را در اصطلاح بیع دَین می‌گویند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۹۷ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٤۳۲). مشهور فقیهان شیعه، بیع دین به شخص ثالث (مانند بانک) را در صورتی که دین حقیقی باشد (ناشی از معامله واقعی باشد)، جایز می‌شمرند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٤، ۳٤٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، بحث احکام سفته) اما برخی از بزرگان شیعه مانند حضرت امام خمینی﵀ (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۱۷۵) و آیت‌الله خامنه‌ای (حسینی‌خامنه‌ای، بی‌تا: ۸۵) و فقیهان اهل سنت در تملیک دین به شخص ثالث اختلاف‌نظر دارند، چهار دیدگاه در این‌باره وجود دارد:
۱. به نظر مشهور حنفیه، حنابله، ظاهریه و قول اظهر شافعیه، تملیک در برابر عوض باشد یا بدون عوض، جایز نیست، البته حنفیه تملیک از راه وکالت، حواله و وصیت را جایز می‌داند؛

Archive of SID
www.SID.ir

۲. ابن‌تیمیه و ابن‌قیم و عده‌ای از شافعیه، تملیک دین به شخص ثالث را با عوض یا بدون عوض جایز می‌دانند؛
۳. گروه سوم از شافعیه باور دارند بیع دین سلم به شخص ثالث جایز نیست اما بیع دیون دیگر به شخص ثالث با تحقّق شرایطی اشکال ندارد و آن شرایط عبارت هستند از: مدیون دارا و مقرّ به دین باشد یا دین وی با بیّنهٔ ثابت شود. دین مستقر باشد. غیر مسلم‌فیه باشد. عوض در مجلس قبض شود؛
٤. مالکیه، با فرض تحقّق شرایط هشتگانه‌ای مانند آنچه در دیدگاه سوم شافعیه گذشت، بیع دین به شخص ثالث را جایز می‌داند (زحیلی، ۲۰۰۲: ۲۱۷ ـ ۲۱٤).

کاربرد قراردادهای بیع در بانک‌های اسلامی

قراردادهای بیع نسیه اقساطی و دفعی، بیع سلف و بیع دین می‌توانند گسترده‌ترین کاربردها را در بانکداری اسلامی با رعایت ضوابط ذیل داشته باشند:
۱. بانک اسلامی می‌تواند کالاهای مورد نیاز خانوارهای متوسط به بالای جامعه را به‌صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به‌صورت نسیه دفعی یا اقساطی به آنان بفروشد؛
۲. بانک اسلامی می‌تواند مواد اولیه، کالاهای واسطه‌ای و سرمایه‌ای مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی را به‌صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به‌صورت نسیه دفعی یا اقساطی به آنان بفروشد؛
۳. بانک اسلامی می‌تواند جهت تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی بخشی از محصول‌های تولیدی آنها را با احتساب سود بانکی، به‌صورت بیع سلف بخرد؛
٤. بانک اسلامی می‌تواند در موارد بیع سلف، فروشنده سلف را وکیل در فروش و تسویه نقدی کند؛
۵. بانک اسلامی می‌تواند جهت تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی اسناد مالی مدت‌دار آنان را خرید دین (تنزیل) کند. البته باید توجه داشت که بیع دین فقط از طرف مشهور فقیهان شیعه و برخی از فقیهان شافعی مورد تأیید است؛
٦. بانک اسلامی برای انجام قراردادهای بیع می‌تواند از سرمایه خود بانک یا از سپرده‌های سرمایه‌گذاری استفاده کند؛
۷. اولویت نخست کاربرد فروش نسیه اقساطی و دفعی درکالاهای مصرفی و واسطه‌ای است، این قرارداد برای کالاهای بادوام و کالاهای سرمایه‌ای اولویت دوم را دارد، برای این نوع کالاها اولویت نخست قرارداد اجاره به شرط تملیک است که شرح آن می‌آید؛
۸. اولویت نخست کاربرد عقد سلف و بیع دین برای سرمایه در گردش و نیازهای مقطعی و کوتاه‌مدت است و برای نیازهای میان‌مدت و بلندمدت، بانک را وارد ریسک بالایی می‌کند که به صلاح بانک نیست.

Archive of SID
www.SID.ir

۳. اجاره به شرط تملیک

قرارداد دیگری که به‌صورت گسترده در بانک‌های اسلامی استفاده می‌شود اجاره به شرط تملیک است.

تعریف

اجاره در لغت به معنای رهانیدن و به فریاد رسیدن است (عمید، ۱۳۷٦: ۷٦). در اصطلاح نیز عقدی است که به سبب آن مستأجر در برابر مال معیّنی برای مدت معیّن، مالک منفعت عین مستأجره یا عمل أجیر می‌شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥۲٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۱؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۷؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۹٤ و ۹۷ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۳۲) و اجاره به شرط تملیک، قرارداد اجاره‌ای است که در آن شرط می‌شود؛ چنانکه مستأجر به مفاد قرارداد عمل کند، موجر در پایان قرارداد اجاره، عین مستأجره را به ملکیت مستأجر درآورد (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه ایران، بی‌تا: ۱، ۲۹ ـ ۲۷).

ارکان عقد اجاره و شرایط آن

أ. ایجاب و قبول: اجاره مانند تمام عقدهای دیگر از حیث شرایط انعقاد و آثار، تابع قواعد و احکام عمومی قراردادها است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥۲٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۳؛ نجفی، ۱٤۰۳: ۲۷، ۲۰٥؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۷ و جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۹٦).

ب. طرفین عقد (متعاقدان): در اجارهٔ اشیا کسی که اجاره‌دهنده است، موجر و کسی که اجاره‌کننده است، مستأجر نامیده می‌شود. در اجارهٔ اشخاص، فردی که عملی انجام می‌دهد اجیر و کسی که اجاره می‌کند مستأجر نامیده می‌شود.

ج. عوضین: عوضین عبارت است از منفعت عین مستأجره (در اجارهٔ اشخاص این منفعت، عمل اجیر است) که از طرف موجر به مستأجر تملیک می‌شود و اجرت (اجاره‌بها) که از طرف مستأجر به موجر پرداخت می‌شود. درباره شرایط عین مستأجره و عوض و منفعتی که واگذار می‌شود نکته‌های ذیل به تفکیک بیان می‌شود:

شرایط عین مستأجره و منافع آن

۱. عین مستأجره باید از چیزهایی باشد که با استفاده از منافع آن، اصلش از بین نرود. بنابراین اجارهٔ نان و امثال آن برای خوردن صحیح نیست (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥۲٥؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲٦؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۷، ۲۱۳؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸ و جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۱۰٥)؛

۲. عین مستأجره باید معیّن باشد؛ بنابراین اگر مردد بین چند چیز باشد اجاره آن درست نیست

Archive of SID
www.SID.ir

(یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۰۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲٦؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۳۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۳)؛

۳. عین مستأجره باید معلوم باشد و معلوم‌بودن آن به مشاهده یا به ذکر اوصاف است (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲٦ و جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۱۱٤)؛

٤. عین مستأجره قابل تسلیم به مستأجر باشد (جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۱۰۰؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۳؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲٦)؛

۵. عین مستأجره باید ملک مؤجر باشد (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۷ و جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۱۰۵).

شرایط عوض (اجاره‌بها)

۱. هر مال مشروعی اعم از عین خارجی، منفعت، حق قابل انتقال، عمل و کلی فی‌الذمه می‌تواند عوض اجاره باشد (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۵)؛

۲. اجاره‌بها باید معلوم و معیّن باشد، مال مبهم و مردد نمی‌تواند اجاره‌بها واقع شود (نجفی، ۱۳٦۷: ۲۷، ۲۱۹؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۰۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۳۱؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۱۰۱؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷٤۹ و همو، ۲۰۰۲: ۷٤).

احکام اساسی عقد اجاره

۱. مستأجر باید در استعمال عین مستأجره به‌صورت متعارف رفتار کرده و تعدّی یا افراط نکند؛

۲. عین مستأجره را برای همان مصرفی که در اجاره مقرر شده است استفاده کند؛

۳. مستأجر امین بوده و درباره عیب‌هایی که در طول مدت اجاره به عین مستأجره وارد می‌شود، مسؤولیتی ندارد مگر اینکه با تفریط یا تعدی وی خسارتی به عین مستأجره وارد آید که در این صورت ضامن است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳٦؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۷، ۲۱۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۲۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳٤ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷٦)؛

٤. عین مستأجره می‌تواند مستقل یا مشاع باشد و در صورت مشاع‌بودن تسلیم عین مستأجره به اذن شریک یا شریکان دیگر منوط است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۲؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۷، ۲۱٤ و یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۲۱)؛

۵. مقدار منفعتی که به ملکیت مستأجر در می‌آید باید معلوم باشد تعیین مقدار منفعت متناسب با طبیعت عین مستأجره صورت می‌گیرد (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۵؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲۷، ۲٦۱؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۰۰)؛

Archive of SID
www.SID.ir

کاربرد قرارداد اجاره به شرط تملیک در بانک‌های اسلامی

قرارداد اجاره به شرط تملیک استفاده‌های متعددی به شرح ذیل در بانکداری اسلامی می‌تواند داشته باشد:

۱. بانک اسلامی می‌تواند کالاهای اساسی و بادوام مورد نیاز خانوارهای متوسط به بالای جامعه مانند: زمین، ساختمان، ویلا، باغ و وسیله نقلیه را به‌صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به‌صورت اجاره به شرط تملیک به آنان وا گذارد؛

۲. بانک اسلامی می‌تواند کالاهای سرمایه‌ای مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی مانند: زمین، ساختمان، مطب، محل کار، ماشین‌آلات و وسایل حمل‌ونقل را به‌صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به‌صورت اجاره به شرط تملیک به آنان وا گذارد؛

۳. بانک اسلامی می‌تواند جهت تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی، یکی از دارایی‌های بنگاه را به‌صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به‌صورت اجاره به شرط تملیک به خود بنگاه وا گذارد؛

٤. اولویت نخست برای تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی استفاده از قرارداد سلف و بیع دین است اما اگر به عللی سلف امکان‌پذیر نبود و نسبت به بیع دین نیز مذهب فقهی بانک اسلامی اجازه نداد، نوبت به گزینه دوم یعنی اجاره به‌شرط تملیک می‌رسد؛

۵. همان‌طور که پیش از این گذشت، گرچه کالاهای سرمایه‌ای و اساسی مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی و خانوارها را می‌توان براساس بیع نسیه اقساطی نیز تأمین مالی کرد اما تأمین مالی از راه قرارداد اجاره به شرط تملیک، اولویت نخست است چون در قرارداد پیش‌گفته انتقال ملکیت در پایان قرارداد انجام می‌گیرد و از جهت ریسک نکول بهتر است؛ ثانیاً نسبت به توانایی‌های مشتری انعطاف بهتری دارد و متناسب با شرایط مالی مشتری قابل تجدید است، به این معنا که بانک و مشتری می‌توانند در هر زمان، قرارداد سابق را قطع کنند و برای مدت باقیمانده متناسب با وضعیت مالی مشتری، قرارداد اجاره به شرط تملیک جدید منعقد کنند. روشن است که اجاره جدید با توجه به اجاره‌بهاهای پرداخت‌شده و زمان باقیمانده تنظیم می‌شود.

۴. جعاله

یکی دیگر از قراردادهای مورد استفاده بانک‌های اسلامی قرارداد جعاله است.

تعریف

جعاله در لغت به معنای اجرت، حق العمل و مزد است (عمید، ۱۳۷٦: ٤٦۳). در اصطلاح نیز عبارت است از اینکه انسان متعهد شود در برابر کاری که برای وی انجام

Archive of SID
www.SID.ir

می‌دهند مال (اجرت) معیّنی بدهد (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۲؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۸۷ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۳).

فرق جعاله با اجاره

گرچه صورت مسئله در جعاله شبیه اجاره است اما تفاوت‌هایی نیز با آن دارد:

أ. اجاره قراردادی لازم است برخلاف جعاله که قراردادی جایز است (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸٦ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹)؛

ب. در جعاله عامل می‌تواند مجهول باشد برخلاف اجاره که به‌طور حتم باید مشخص باشد؛

ج. در جعاله عامل بعد از انجام کار مالک اجرت می‌شود اما در اجاره به صرف وقوع عقد، مالک می‌شود (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸٦ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹).

انواع جعاله

أ. **جعاله خاص:** اگر جاعل، جعاله را با عامل معیّنی منعقد کرده باشد جعاله را خاص می‌گویند.

ب. **جعاله عام:** اگر عامل مشخص نباشد (عمومی باشد) جعاله را عام می‌گویند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱ ، ۵۳۸).

ارکان جعاله

أ. ایجاب و قبول: عبارت از هر لفظ یا عملی است که دلالت بر اجازه مالک در عمل و قرار دادن عوض در برابر آن عمل کند. در جعاله، ایجاب از طرف مالک، ضرور است اما نیازی به قبول عامل (حتی در جعاله خاص) نیست (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۵ و نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۸۹).

ب. طرفین: در جعاله ملتزم (مالک) را جاعل یا کارفرما و انجام‌دهنده کار را عامل یا پیمانکار گویند(موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۲). جاعل باید شرایط عمومی قراردادها، اعم از بلوغ، عقل، رشد، قصد، اختیار و عدم حجر به واسطه سفه و ورشکستگی را داشته باشد (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۷ و نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹٦). عامل لازم نیست شرایط پیش‌گفته را داشته باشد فقط باید امکان و توانایی انجام کاری که جاعل مشخص کرده را داشته باشد (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸ و نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹٦).

ج. عمل: عملی که جاعل خواستار انجام آن است باید مشروع و عقلایی باشد

Archive of SID
www.SID.ir

(موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۳؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹) لازم نیست عمل به‌صورت دقیق معلوم و معیّن باشد (برخلاف اجاره)، بنابراین اگر جاعل بگوید برای مثال هر کس اسب گم‌شده مرا بیاورد، جعاله صحیح است البته نباید به‌طور کلی مجهول باشد مثل اینکه بگوید: هر کس گمشده مرا بیابد ... (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸ و نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹۲).

د. عوض (جعل): عوضی که جاعل برای عامل در برابر عمل قرار می‌دهد جُعل نامیده می‌شود. مقدار جعل باید از هر جهت (جنس، نوع، وصف و نیز مقدار آن به لحاظ کیل، وزن یا عدد) مشخص باشد؛ بنابراین اگر گفته شود چیزی به تو خواهم داد یا فلان چیزی را که در نظر دارم خواهم داد جعاله باطل می‌شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۳؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹۳؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹).

ماهیت جعاله

درباره عقد یا ایقاع بودن جعاله، فقیهان و حقوقدانان بحث‌های فراوانی کرده‌اند. قول مشهور در میان فقیهان ایقاع‌بودن جعاله است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹ و نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۸۹). در حقوق مدنی ایران جعاله جزء عقدهای شمرده شده است (قانون مدنی، ماده ٥٦٥). قائلان هر دو دیدگاه، در جایز بودن جعاله پیش از اتمام عمل و لزوم آن بعد از اتمام، اتفاق‌نظر دارند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٤۱ و ٥٤۲ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳٥٥؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹۰ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۹). بنابراین طرفین می‌توانند پیش از اتمام عمل هر زمان که خواستند جعاله را فسخ کنند. اگر فسخ در اثنای عمل باشد و فسخ‌کننده جاعل باشد باید اجرت‌المثل اعمالی که عامل تا آن موقع انجام داده را بدهد (نجفی، ۱۳٦۷: ۳۵، ۱۹۸ و ۱۹۹) اما اگر عامل فسخ‌کننده باشد مستحق چیزی نخواهد بود (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۸۹).

کاربرد قرارداد جعاله در بانک‌های اسلامی

بانک اسلامی می‌تواند از راه قرارداد جعاله تسهیلات متعددی به شرح ذیل ارائه کند:

۱. بانک اسلامی می‌تواند خدمات مورد نیاز خانوارها مانند: خدمات درمانی، آموزشی، بیمه، حمل‌ونقل، تعمیر، نگهداری و ساخت مسکن و ... را به‌صورت جعاله نقد از مراکز خدماتی دریافت کرده با احتساب سود بانکی به‌صورت جعاله نسیه دفعی یا اقساطی به خانوارها وا گذارد؛

۲. بانک اسلامی می‌تواند خدمات مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی مانند: خدمات بیمه، حمل‌ونقل، تعمیر،

Archive of SID
www.SID.ir

نگهداری و ساخت محل کار، انبارداری، نظافت، نگهبانی را به‌صورت جعالـه نقـد از مراکـز خـدماتی دریافت کرده با احتساب سود بانکی به‌صورت جعاله نسیه دفعی یا اقساطی به بنگاه‌ها وا گذارد؛

۳. در قرارداد جعاله‌ای که بانک اسلامی با مشتری می‌بندد بانک نقش عامل را ایفا می‌کند و در جعاله‌ای که با مراکز خدماتی منعقد می‌کند نقش جاعل را ایفا می‌کنـد، بنـابراین جعالـه بانکی در حقیقت دو قرارداد جعاله موازی خواهد بود؛

٤. ممکن است بانک انعقاد قرارداد جعاله دوم را به خود متقاضی تـسهیلات وا گـذارد؛ بـه این معنا که وی وکیل بانک در انعقاد قرارداد جعاله با مؤسسه خدماتی و پیمانکار باشد؛

۵. مابه‌التفاوت قیمت جعاله نقد با جعاله نسیه سود بانک خواهد بود که افـزون بـر عوامـل ریسک به طول مدت جعاله اقساطی نیز بستگی خواهد داشت.

استصناع

یکی دیگر از قراردادهای مورد استفاده بانک‌های اسلامی قرارداد استصناع است.

تعریف

واژه استصناع از باب استفعال و از مادهٔ «صنع»، در لغـت بـه معنـای طلـب و سـفارش ساخت چیزی را می‌گویند (عمید، ۱۳۷٦: ۱۲٦). در اصطلاح نیز، قـراردادی اسـت کـه بـه باعث آن یکی از طرفین قرارداد، در برابر مبلغی معیّن، سـاخت و تحویـل کـالا یـا طـرح مشخصی را در زمان معیّن نسبت به طرف دیگر به عهده می‌گیرد (مجمع الفقـه الاسـلامی، ۱٤۱۲: ۳۰۷ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۳۱).

ارکان استصناع

أ. طرفین قرارداد؛ سفارش‌دهنده را مستصنع و سازنده را صانع می‌گویند، ایـن دو بایـد شرایط عمومی قراردادها مانند: بلوغ، عقل، قصد و اختیار را داشته باشند.

ب. ایجاب و قبول؛ قرارداد استصناع نیز، نیاز به ابراز اراده و رضایت طـرفین بـه انعقـاد قرارداد دارد و مانند تمام قراردادها می‌تواند به‌صورت گفتاری، نوشتاری و عملی منعقد شود.

ج. عوضین؛ کالا یا پروژه‌ای که سـفارش سـاخت آن داده مـی‌شـود، موضـوع قـرارداد استصناع یا مستصنَع می‌گویند، صانع باید افزون بر جواز ساخت از جهت شرعی و قانونی، قابلیت ساخت و تحویل در موعد مقرر را داشته باشد، مبلغی که در برابر ساخت و تحویل کالا یا پروژه پرداخت می‌شود را عوض استصناع می‌گویند. در قرارداد استصناع باید زمـان، مکان و کیفیت تحویل کالا و عوض معیّن باشد (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ٦۳۲).

Archive of SID
www.SID.ir

ماهیت قرارداد استصناع

صاحب‌نظران فقه و حقوق، اصل قرارداد استصناع را به‌صورت قرارداد صحیح می‌پذیرند اما در تبیین ماهیت آن اختلاف‌نظر دارند. در این بخش به بررسی دیدگاه فقیهان شیعه و اهل سنت می‌پردازیم.

أ. استصناع در فقه امامیه

از آنجا که حکم استصناع در کتاب‌های فقهی رایج و رساله‌های عملیه مراجع عظام ذکر نشده است. برخی از محققان طی نامه‌ای نظر مراجع شیعه را جویا شده‌اند که در ذیل عین پرسش و پاسخ آنان نقل می‌شود (کمیجانی و نظرپور، ۱۳۸۷: ۹۲ ـ ۹۰):

«با سلام و احترام، چنانکه مستحضر هستید گاهی مردم عادی یا بنگاه‌های اقتصادی برای تهیه کالاهای مورد نیاز خود، به سازنده آن کالاها سفارش ساخت می‌دهند، مانند: سفارش ساخت در، پنجره، خودرو، کشتی، هواپیما، خانه، بیمارستان و ... در این موارد سازنده طی قراردادی متعهد می‌شود کالای موردنظر را با مشخصات معیّن ساخته، در تاریخ مشخص تحویل دهد و سفارش‌دهنده نیز متعهد می‌شود مبلغ معیّنی را طبق زمان‌بندی مشخص بپردازد (برای مثال ۲۵ درصد پیش پرداخت، ۵۰ درصد زمان تحویل و ۲۵ درصد بعد از دو ماه پس از تحویل)، در این قراردادها به‌طور معمول مواد اولیه و مصالح به عهده سازنده است». مستدعی است درباره پرسش‌های ذیل راهنمایی فرمایید:

۱. آیا چنین قراردادی صحیح است؟

۲. آیا این قرارداد که در کشورهای عربی به عقد استصناع معروف است در قالب یکی از عقدهای متعارف قرار می‌گیرد یا عقد مستقلی است؟

۳. در صورتی که عقد استصناع عقد مستقل باشد، آیا عقد لازم است یا عقد جایز؟».

پاسخ مراجع تقلید شیعه به این‌گونه است:

آیت‌الله خامنه‌ای: قرارداد پیش‌گفته از مصداق‌های بیع و شراء است و مشمول ادله صحت و نفوذ بیع است اگر چه شرایط بیع نسیه و بیع سلف را ندارد زیرا شرایط ذکر شده شرایط حکم است و نه قید مقوم موضوع و عقدی لازم است.

آیت‌الله جوادی‌آملی: عقد پیش‌گفته هر چند مرکب از چند عقد است اما اگر در مجموع تحت یک عقد قرار گیرند، مصداق یکی از عقدهای متعارف نبوده و عقد مستقل، صحیح و لازم الطرفین است.

آیت‌الله صافی‌گلپایگانی: عقد پیش‌گفته می‌تواند تحت عنوان صلح، صحیح باشد و اگر این

Archive of SID
www.SID.ir

عقد واجد شرایط صلح باشد از عقدهای لازمه است.

آیت‌الله فاضل‌لنکرانی﵀: ظاهراً عقد مستقل به حساب آمده مگر اینکه خیار در آن قرار دهند یا مشمول خیارات عامه شود و شرایط کلی صحت معاملات از جمله عدم جهالت باید در آن رعایت شود.

آیت‌الله صانعی: چنین قراردادی در فرض پرسش، صحیح و این عقد، عقدی مستقل و لازم است.

آیت‌الله موسوی‌اردبیلی: چنانکه حدود و مشخصات کالا و شرایط معیّن باشد تا معامله غرری نباشد، اشکال ندارد. این قرارداد احتمال دارد که عقد مستقلی باشد، هر چند بعید نیست مصداق بیع باشد، یعنی فروش مبیع کلی به‌طور نسیه با تعیین مشخصات کامل.

آیت‌الله بهجت﵀: عقد پیش‌گفته عقد اجاره است که استیجار کرده و شرایط اجاره را دارد و اگر عمل نکند به مقدار عمل، اجرت می‌گیرد.

آیت‌الله مکارم‌شیرازی: در صورتی این قرارداد صحیح است که جنس مورد نظر از تمام جهات، تعیین شود و تمام پول را بپردازد در غیر این صورت قرارداد صوری است و به هنگام آماده‌شدن جنس برای تحویل معامله نهایی صورت می‌گیرد و در این صورت احکام بیع را دارد.

آیت‌الله نوری‌همدانی: این عقد صحیح است و می‌تواند تحت عناوینی چون بیع و اجاره قرار گیرد و می‌تواند عقد مستقلی باشد. این عقد، عقدی لازم است و شرایطی که در عقدهای لازم مانند بیع ضروری است، در آن نیز معتبر است.

ب. استصناع در فقه اهل سنت

در میان فقیهان اهل سنت نیز در ماهیت استصناع اختلاف است.

۱. استصناع در فقه مالکی

مالکی‌ها، استصناع را نوعی عقد سلف می‌دانند و احکام آن را در استصناع جاری می‌کنند. بنابراین استصناع را در صورتی صحیح می‌دانند که کل مبلغی که باید سفارش‌دهنده (مستصنع) به‌صورت عوض به صانع بپردازد، در اول عقد به وی تأدیه شود و مؤجّل بودن آن را باعث بطلان استصناع می‌دانند. شایان ذکر است مالکی‌ها، تأخیر پرداخت ثمن را تا سه روز جایز و آن را در حکم نقد می‌دانند (زحیلی، ۱٤۱۲: ۳۰۷).

۲. استصناع در فقه شافعی و حنبلی

عالمان شافعی استصناع را جزء فروعات عقد بیع سلم (سلف) دانسته و آن را عقد مستقل نمی‌دانند (سالوسی، ۱٤۱۲: ۲٦٥). از فقیهان حنابله هم «ابن‌قدامه» در کتاب *المغنی*،

Archive of SID
www.SID.ir

صحت استصناع را مشروط به داشتن شرایط سلم می‌داند (همان).

۳. استصناع در فقه حنفی

حنفی‌ها، استصناع را بیع مستقل می‌دانند و به همین جهت آن را در ردیف انواع بیع بحث می‌کنند (زرقا، ۱٤۱۲: ۲۳۸). برخی دیگر از عالمان حنفی، استصناع را فقط تعهدی ابتدایی می‌دانند و از آن تعبیر به المواعدة الابتدائیه می‌کنند که در آن طرفین ملتزم به انجام کاری می‌شوند.

نتیجه نهایی

بنابر آنچه در تبیین دیدگاه فقیهان روشن شد ظاهراً در صحت قرارداد استصناع اختلافی نیست و اختلاف فقط در تبیین ماهیت این قرارداد است، اکثر فقیهان معاصر شیعه و حنفیه از اهل سنت بر عقد یا بیع مستقل و لازم‌بودن استصناع باور دارند. بقیه فقیهان اهل سنت و آیت‌الله مکارم از فقیهان شیعه آن را مصداق بیع سلف و آیت‌الله بهجت﵀ آن را مصداق اجاره می‌دانند.

کاربرد قرارداد استصناع در بانک‌های اسلامی

بانک اسلامی می‌تواند از راه قرارداد استصناع تسهیلات متنوعی به شرح ذیل ارائه کند:

أ. بانک اسلامی می‌تواند براساس قرارداد استصناع مدت‌دار، متعهد به ساخت و تحویل کالاهای مورد نیاز خانوارها مانند: مسکن، ویلا، باغ، خودرو و ... شود سپس براساس قرارداد استصناع نقد. تعهد ساخت آنها را به سازندگان سفارش دهد؛

ب. بانک اسلامی می‌تواند براساس قرارداد استصناع مدت‌دار، متعهد به ساخت و تحویل کالاهای مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی مانند: کارخانه، خط تولید، ماشین‌آلات و ... شود سپس براساس قرارداد استصناع نقد تعهد ساخت آنها را به سازندگان سفارش دهد؛

ج. بانک اسلامی می‌تواند براساس قرارداد استصناع کالاها و طرح‌های مورد نیاز خانوارها و بنگاه‌های اقتصادی را به پیمانکاران و سازندگان سفارش داده سپس براساس قراردادهایی مانند فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک به متقاضی وا گذارد؛

د. در قرارداد استصناعی که بانک اسلامی با مشتری می‌بندد نقش سازنده را ایفا می‌کند و در استصناعی که با سازندگان منعقد می‌کند نقش سفارش‌دهنده را ایفا می‌کند. مابه‌التفاوت قیمت استصناع نقد با استصناع مدت‌دار سود بانک خواهد بود.

مشارکت

یکی دیگر از قراردادهای مناسب برای بانکداری اسلامی که می‌تواند به‌صورت گسترده در تمام بخش‌های اقتصادی کاربرد وسیع داشته باشد، قرارداد شرکت است.

Archive of SID
www.SID.ir

تعریف

شرکت در لغت به معنای مخلوط‌شدن و ممزوج‌شدن اموال است (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۸٤). در اصطلاح نیز قراردادی است که به سبب آن دو یا چند نفر سرمایه مورد نیاز فعالیت اقتصادی را به‌صورت مشاع فراهم می‌آورند تا در سود و زیان آن فعالیت به نسبت سهمشان شریک باشند که به آن شرکت عقدی و اکتسابی نیز می‌گویند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۹۳ و نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۸٤).

انواع شرکت

شرکت را به اعتبار سبب تحقّق آن به شرکت قهری و شرکت اختیاری تقسیم می‌کنند.

۱. شرکت قهری

شرکتی است که به واسطه سبب قهری و غیراختیاری مانند ارث یا مخلوط‌شدن غیراختیاری اموال دو نفر پدید آمده باشد (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۳؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۲ و ۵۷۳؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۹۰؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ٦۳ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۹٤).

۲. شرکت اختیاری

شرکتی است که با اختیار خود مالکین پدید می‌آید و چند صورت دارد:

أ. عقد شرکت: شرکتی است که در آن دو یا چند نفر، طی عقد شرکت، اموال خود را به قصد کار اقتصادی جهت سود بردن یا کار تبرعی برای امور غیرانتفاعی مانند کمک به نیازمندان با هم مخلوط می‌کنند. این شرکت فقط در اموال جاری است (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۳؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۹۰؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ٦۳ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۹٤)؛

ب. عقد غیرشرکت: برای مثال دو نفر چیزی را به‌صورت شراکتی می‌خرند یا بر حقی مصالحه می‌کنند و در تمام موارد اعم از اموال و حقوق و منافع جاری است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۳؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۳؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۹۰؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ٦۳ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۷۹٤)؛

ج. حیازت: برای مثال دو نفر با هم به صید ماهی بپردازند، که در ماهی‌های صید شده شریک می‌شود که مختص به شرکت در اموال است و در حقوق، منافع و دیون قابل تصور نیست (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۲۹۰).

انواع شرکت عقدی

فقیهان چهار صورت را برای شرکت عقدی بیان کرده‌اند که در حکم صحت و فساد متفاوت هستند:

Archive of SID
www.SID.ir

۱. شرکت عنان (اموال)

در این نوع شرکت، دو یا چند نفر با هم قرارداد می‌بندند که طبق آن با مال مشترک، فعالیت اقتصادی انجام دهند. صحت شرعی این نوع شرکت مورد اتفاق فقیهان امامیه و اهل سنت است (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۳؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٤؛ نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ۲۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٤؛ جزیری، ١٤١٩: ٣، ٧٦ و زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٧٩٥).

۲. شرکت ابدان (اعمال)

در این نوع شرکت، دو نفر عقد می‌بندند که هر چه از راه کار کردن به عنوان مزد و اجرت به دست آورند، با هم شریک شوند. شرکت پیش‌گفته از نظر فقه امامیه (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٢٩٦؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٤؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٤) و نیز شافعیه از اهل سنت، باطل (یزدی، ۱۳۸۷: ٥٢٤؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٤ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٤) و در دیدگاه حنفیه، مالکیه و حنابله، از اهل سنت صحیح است (جزیری، ١٤١٩: ٣، ٧٥ و ٧٦ و زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٧٩٥).

۳. شرکت مفاوضه

شرکت مفاوضه، عبارت است از اینکه دو یا چند نفر عقد ببندند که آنچه در مدت عمرشان (بعد از انعقاد شرکت) از راه‌های گوناگون تجاری، زراعی، کسب و کار، دریافت غرامات و التزامات، ارث و مانند آن به دست می‌آورند و نیز هر گونه زیان و خسارتی که متوجه هر یک از آنان شود، با هم شریک باشند. شرکت پیش‌گفته هم از نظر فقه امامیه، شافعیه و حنابله باطل است (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٤؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٤؛ نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٢٩٨ و ٢٩٩ و جزیری، ١٤١٩: ٣، ٧٥ و ٧٦) اما حنفیه و مالکیه، آن را صحیح می‌دانند (زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٧٩٧ و جزیری، ١٤١٩: ٣، ٦٧ و ٦٨).

۴. شرکت وجوه

شرکت وجوه، عبارت است از اینکه دو نفر یا بیشتر قرار بگذارند هر یک اموالی را که به اعتبار خود به‌صورت ذمه (نسیه) خریداری کرده و آن مال خریداری شده و نیز سود حاصله از آن را شریک باشند. در شرکت وجوه هیچ‌کدام از شریکان مالی به عنوان سرمایه نمی‌آورند و عنصر اصلی این شرکت، شخصیت و اعتباری است که هر یک از شریکان دارد. شرکت پیش‌گفته نیز فقط به باور حنفیه و حنابله صحیح است (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٢٩٨ و ٣٠٠؛ یزدی، ۱۳۸۷: ٥٢٤،٢؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۵؛ جزیری، ١٤١٩: ٣، ٦٧ و ٧٥ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٠١).

Archive of SID
www.SID.ir

ارکان شرکت عقدی

با توجه به اینکه فقط شرکت عقدی که در بانکداری مورد استفاده قرار می‌گیرد، شرکت عنان است؛ بنابراین بحث‌هایی هم که در ذیل می‌آید مربوط به همین قسم از شرکت عقدی است:

أ. ایجاب و قبول: عبارت است از لفظی که متعاقدین با گفتن آن، رضایت و اراده خویش را برای انعقاد شرکت اعلام می‌دارند و به هر لفظ و زبانی که مقصود پیش‌گفته را برسانند صحیح است. همچنین معاطات نیز در عقد شرکت کافی است به اینکه طرفین مال خود را به قصد شرکت در تجارت، با هم مخلوط کنند (یزدی، ۱۳۸۷: ٥٢٦؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٣؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٤ و جزیری، ١٤١٩: ۳، ۷۷ و ۸۱).

ب. طرفین عقد: طرفین عقد شرکت که در اصطلاح شرکاء یا سهامداران شرکت نامیده می‌شوند، باید شرایط عمومی معامله‌ها را داشته باشند (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٥؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٣؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٦ و جزیری، ١٤١٩: ۳، ۸۳).

ج. سرمایه (مال‌الشرکه): اموالی که شریکان به‌صورت سرمایه برای شرکت می‌آورند باید شرایط ذیل داشته باشد:

أ. سرمایه باید عین باشد بنابراین دَین و منفعت نمی‌تواند سرمایه شرکت واقع شود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٣ و ٥٢٤ و جزیری، ١٤١٩: ۳، ۸۲)؛

ب. سرمایه باید از جهت جنس و مقدار معلوم و معیّن باشد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸)؛

ج. سرمایه شریکان باید مخلوط و ممزوج شود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٥؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ٢٨٤ و جزیری، ١٤١٩: ۳،٨٤).

ماهیت عقد شرکت

۱. عقد شرکت به باور مشهور فقیهان جزو عقدهای جایز شمرده می‌شود و هر یک از طرفین هر زمان که بخواهند می‌توانند آن را بر هم بزنند یا تقسیم مال مشترک را تقاضا کنند (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٠٦؛ یزدی، ١٣٦٧: ۲، ٥٢٨؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۹۱ و زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٢٧، ٨٢٨ و ٨٢٩)؛

۲. اگر در ضمن عقد شرکت مدّت خاصی برای پایان شرکت ذکر شود و شرط شود که تا آن مدت هیچ‌کدام از شریکان حق درخواست انحلال یا تقسیم شرکت را نداشته باشند، این شرط ضمن عقد، اثری ندارد (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٠٧) اما اگر در ضمن عقد لازم دیگری مانند: اجاره، بیع، مصالحه یا ... صورت گیرد عدمِ خروجِ شریکان از شرکت

Archive of SID
www.SID.ir

لازم‌الاجرا خواهد بود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۹ و موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٦).

احکام اساسی شرکت

۱. منظور از تصرف، اداره‌کردن اموال شرکت جهت رسیدن به هدف‌های آن است که فرد مدیر را مأذون در تصرف یا به اصطلاح، عامل می‌نامند. تعیین فرد یا افراد عامل و همچنین چگونگی و شرایطی که عامل باید در اداره شرکت (تصرف در اموال) رعایت کند، تابع توافق شریکان است (یزدی، ۱۳۸۷: ۵۲۷؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ٥٧٦؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨١٥)؛

۲. اگر شریکان، اداره شرکت را به یک یا چند نفر خاص از شریکان بسپارند، شریکان غیرمأذون حق تصرف در اموال شرکت را ندارند مگر با اجازه مأذون (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ۳۰۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۷ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸)؛

۳. عامل باید محدودیت و کیفیتی که در عقد برای اداره شرکت شرط شده است را رعایت کند و الا ضامن است (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ۳۰۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۷ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و ۲۸۹)؛

٤. عامل، امین است و ضامن تلف، نقص و خسارت‌های وارده به شرکت نیست مگر اینکه ناشی از تفریط یا تعدی وی باشد (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ۳۰۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۹۰ و زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٢٨)؛

۵. شریکان در سود و زیان حاصل از شرکت، به نسبت آورده سرمایه‌شان، شریک هستند مگر اینکه در ضمن عقد شرط کنند که غیر از آن باشد (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ۳۰۱؛* یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٥٢٦؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و جزیری، ١٤١٩: ٣، ٨٢).

کاربرد قرارداد شرکت در بانک‌های اسلامی

بانک‌های اسلامی می‌توانند از راه عقد شرکت نیازهای مالی میان‌مدت و بلندمدت بنگاه‌های اقتصادی را با رعایت ضوابط ذیل تأمین مالی کنند:

۱. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین بخشی از سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های تجاری و بازرگانی اعم از داخلی یا بین‌المللی با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛ برای مثال، بانک می‌تواند در خرید محل تجاری یا خرید مال‌التجاره با تاجر مشارکت کند؛

۲. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین بخشی از سرمایه مورد نیاز برای احداث طرح‌های اقتصادی

*. نظر وی بر بطلان شرط و شرکت است.

Archive of SID
www.SID.ir

بنگاه‌های صنعتی، کشاورزی، مسکن و معدن، با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛
۳. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین بخشی از سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های خدماتی جهت خرید محل کار یا وسایل کار، با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛
٤. بانک اسلامی به تناسب آورده خودش نسبت به کل سرمایه، در مالکیت بنگاه و طرح اقتصادی شریک خواهد بود و به تبع آن به همان تناسب در سود و زیان احتمالی بنگاه سهیم خواهد شد؛
۵. با توجه به اینکه بانک اسلامی در سود و زیان بنگاه‌های طرف قرارداد شریک می‌شود باید از جهت فنی و اقتصادی به سودآور بودن طرح و بنگاه اطمینان داشته باشد؛
٦. بانک اسلامی باید فقط در بنگاه‌هایی مشارکت کند که امکان نظارت و کنترل مستمر بر فعالیت اقتصادی آنها را داشته باشد؛
۷. اگر حوزه فعالیت بنگاه بازرگانی یا کشاورزی باشد در صورتی که متقاضی تسهیلات هیچ سرمایه‌ای از خود نداشته باشد، بانک می‌تواند از راه یکی از قراردادهای مضاربه، مزارعه و مساقات سرمایه مورد نیاز بنگاه را تأمین کرده، از راه مشارکت کار و سرمایه با وی وارد قرارداد بانکی شود، در این صورت احکام قراردادهای مضاربه، مزارعه و مساقات باید رعایت شود، البته تجربه عملی بانک‌های اسلامی نشان داده که تمایل فراوانی به اعطای تسهیلات به کسی که هیچ سرمایه‌ای از خود ندارد، ندارند؛ در نتیجه عقد شرکت بهترین گزینه خواهد بود.

مضاربه

تعریف مضاربه

مضاربه در لغت یعنی تجارت با سرمایه فرد دیگر (عمید، ۱۳۷٦: ۱۰۹٦). در اصطلاح نیز عقدی است که به سبب آن فردی (مالک) مالی را در اختیار فردی دیگر (عامل) می‌گذارد تا با آن مال تجارت کند و سود حاصله میان آن دو به نسبت معیّنی تقسیم شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۵۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰؛ نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳۳۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۵۹؛ جزیری، ۱٤۱۹: ۳، ۳۲؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸۳٦ و همو، ۲۰۰۲: ۱۰٦).

ماهیت عقد مضاربه

فقیهان شیعه و اهل سنت، همه بر این باور هستند که مضاربه پیش از شروع عامل به کار، عقدی جایز است؛ بنابراین هر کدام از عامل و مالک می‌تواند عقد را فسخ کند اما بعد از شروع به کار مورد اختلاف است. برخی همواره آن را جایز می‌شمارند و عده‌ای نیز باور دارند که در این صورت، مضاربه لازم می‌شود (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳٤۰؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤٦۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰٤؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸٤۰ و همو، ۲۰۰۲: ۱۰۷).

Archive of SID
www.SID.ir

ارکان عقد مضاربه

أ. ایجاب و قبول: عبارت از لفظی است کـه طـرفین بـه وسـیله آن رضـایت خـود را از عقـد مضاربه اعلام می‌دارند. لازم نیست این الفاظ به عربی باشد، به هر زبانی که منظور طرفین از عقـد را برساند کفایت می‌کند. افزون بر آن معاطات نیز در مـضاربه جـاری اسـت (نجفـی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٣٨؛ یزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٠؛ مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٣٠٣ و ٣٠٤ و جزیری، ١٤١٩: ٣، ٣٦ و ٤٣).

ب. طرفین عقد: صاحب سرمایه را مالک و تاجر را عامل یا مضارب می‌گویند. مالـک و عامل باید شرایط عمومی صحت معامله‌ها اعـم از بلـوغ، عقـل و اختیـار را داشـته باشـند. همچنین مالک نباید به علت ورشکستگی محجور باشد و عامل نیز باید قدرت تجـارت بـا سرمایه موجود را داشته باشد (یزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٠ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٣٠٠ و ٣٠٣).

ج. سرمایه: سرمایه، مالی است که مالک برای کار، به عامل می‌دهد تا با آن بـه تجـارت بپردازد و باید شرایط ذیل را داشته باشد:

أ. عین باشد: بنابراین مضاربه با منفعت یا دَین، صحیح نیـست (نجفـی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٥٦؛ یـزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٠؛ مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٣٠٠ و ٣٠٣؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٤٤ و همو، ٢٠٠٢: ١١٠)؛

ب. نقد باشد: بنابراین مضاربه با جنس و کالا صحیح نیست (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٥٦؛ یـزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦١؛ مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٣٠٠ و ٣٠٣؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٤٣ و همو، ٢٠٠٢: ١١٠)؛

ج. معلوم باشد: مقدار سرمایه از لحاظ کمی و کیفی بایـد معلـوم و معـیّن باشـد (نجفـی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٥٨؛ یزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٢؛ زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٤٤ و همو، ٢٠٠٢: ١١٠).

د. کار (عمل): نوع کاری که باید عامل با سرمایه انجام دهد، تجارت است و اگر عامل از راه‌های دیگری مانند: تولید، زراعت یا ...، از سرمایه سود به دست آورد، عنوان مضاربه بـر آن صدق نمی‌کند (یزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٣ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢، ٣٠٢ و ٣٠٣).

اگر در مضاربه، عامل مکلف به تجارت خاصی نشده باشد مضاربه را مطلق (عام) و اگر مکلف به تجارت خاصی شده باشد مضاربه را مقید (خاص) می‌گویند (زحیلی، ١٤٠٩: ٤، ٨٦٠).

هـ سود: شرایط ذیل باید درباره سود حاصل از مضاربه رعایت شود:

أ. سود مضاربه متعلق به عامل و مالک است و اختصاص مقداری از سود به کسی که نقشی در عملیات مضاربه ندارد صحیح نیست (نجفی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٦٨؛ یـزدی، ١٣٨٧: ٢، ٤٦٢ و مراجع تقلید، ١٣٨٧: ٢،٣٠٣)؛

ب. سهم هر کدام از مالک و عامل از سود حاصله باید در ابتدای عقد مشخص شود. ایـن مقـدار باید برای هر کدام به‌صورت کسری از کل سـود باشـد (نجفـی، ١٣٦٧: ٢٦، ٣٦٤ و ٣٦٥؛ یـزدی،

Archive of SID
www.SID.ir

۱۳۸۷: ۲، ٤٦۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۳؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸۵۰ و همو، ۲۰۰۲: ۱۱۱).

احکام اساسی عقد مضاربه

۱. مضاربه عقد معوض است (سرمایه از مالک و کار از عامل)، پس عامل نمی‌تواند در برابر کاری که انجام می‌دهد غیر از سهم خود از سود، اجرتی مطالبه کند (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳٦٤ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۱۰) اما اگر نوع کار به‌صورتی است که عرفاً از یک یا چند کارگر استفاده می‌شود عامل می‌تواند اجرت کارگر را جزو هزینه‌های کار شمرده شده و مطالبه کند (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۷۲)؛

۲. اگر مضاربه عام باشد و نوع تجارت به اختیار عامل گذاشته شود عامل می‌تواند هر قسم تجارتی را که صلاح می‌داند انجام دهد (زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸۵۵ و زحیلی ، ۲۰۰۲: ۱۸) اما اگر مضاربه خاص باشد (نوع تجارت، زمان، مکان یا یکی از اینها مشخص شده باشد) عامل باید به آنچه شرط شده عمل کنند و چنانکه از امور معیّن‌شده تخلف کرد و ضرری به سرمایه وارد شد ضامن است (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳۷۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤٦۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳٤ و زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸٦۱)؛

۳. عامل امین است و اگر مال تلف شود یا عیبی بر آن عارض شود، ضامن نیست مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳۷۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۹۰؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸۵٤ و همو، ۲۰۰۲: ۱۸). اگر مالک شرط بکند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد اینکه در این صورت شرط صحیح است یا نه؟ محل خلاف است (یزدی، ۱۳۸۳: ۲، ٤٦۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰٤)؛

٤. عامل حق ندارد چیزی از سرمایه را مصرف مخارج خود کند هر چند کم باشد اما اگر با اجازه مالک برای تجارت سفر کرد می‌تواند مخارج سفر را به مقدار متعارف از سرمایه مصرف کند مگر اینکه مالک شرط کرده باشد که مخارج سفر با خود عامل باشد (نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳٤۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۷۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۵؛ زحیلی، ۱٤۰۹: ٤، ۸٦٤ و همو، ۲۰۰۲: ۱۰۹)؛

۵. عامل باید پس از تحویل سرمایه از مالک، به تجارت اقدام کند و اگر مدتی تجارت را به تأخیر انداخت و سرمایه تلف شد ضامن سرمایه است و مالک می‌تواند اصل سرمایه را از وی مطالبه کند (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۱۹ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۲)؛

٦. به سبب اینکه مضاربه، عقد جایز است اگر مالک یا عامل فوت کند مضاربه باطل می‌شود و در صورت فوت مالک، ورثه وی می‌توانند با عامل توافق کنند و دوباره عقد مضاربه برقرار کنند

Archive of SID
www.SID.ir

(نجفی، ۱۳٦۷: ۲٦، ۳۵۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ٤۸۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۵ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۱۲)؛

۷. عقد مضاربه را می‌توان به‌صورت جعاله منعقد ساخت به این صورت که مالک به عامل بگوید اگر با این مال تجارت کنی و سودی به دست آوری (برای مثال) نصف سود مال تو است. در این صورت جعاله فایده مضاربه را می‌دهد و نیاز نیست شرایط مضاربه رعایت شود؛ بنابراین می‌تواند سرمایه، غیرنقد یا دَین یا مجهول (به‌صورتی که باعث غرر نشود) باشد.

کاربرد قرارداد مضاربه در بانک‌های اسلامی

بانک‌های اسلامی می‌توانند از راه عقد مضاربه نیازهای مالی میان‌مدت و بلندمدت بنگاه‌های تجاری و بازرگانی را با رعایت ضوابط ذیل تأمین مالی کنند:

۱. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های تجاری و بازرگانی که در امر واردات فعالیت می‌کنند با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛

۲. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های تجاری و بازرگانی که در امر صادرات فعالیت می‌کنند با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛

۳. بانک اسلامی می‌تواند با تأمین سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های تجاری و بازرگانی که در امر تجارت داخلی فعالیت می‌کنند با آنان در انجام فعالیت اقتصادی مشارکت کند؛

٤. بانک اسلامی در جایگاه مالک و بنگاه تجاری در جایگاه عامل متناسب با نسبت‌هایی که در ابتدای قرارداد به توافق رسیده‌اند سود حاصل از فعالیت تجاری را تقسیم کنند؛

۵. با توجه به اینکه زیان بنگاه‌های طرف قرارداد مضاربه به عهده بانک اسلامی است، باید بانک از جهت فنی و اقتصادی به سودآور بودن فعالیت تجاری بنگاه اطمینان داشته باشد؛

٦. بانک اسلامی باید فقط با بنگاه‌هایی وارد مضاربه شود که امکان نظارت و کنترل مستمر بر فعالیت اقتصادی آنها را داشته باشد؛

۷. اگر حوزه فعالیت بنگاه کشاورزی باشد، در صورتی که متقاضی تسهیلات هیچ سرمایه‌ای از خود نداشته باشد بانک می‌تواند از راه یکی از قراردادهای مزارعه و مساقات سرمایه مورد نیاز بنگاه را تأمین کرده، از راه مشارکت کار و سرمایه با وی وارد قرارداد بانکی شود. در این صورت احکام قراردادهای مزارعه و مساقات باید رعایت شود؛

۸. تجربه عملی بانک‌های اسلامی نشان داده که تمایل فراوانی به اعطای تسهیلات به کسی که هیچ سرمایه‌ای از خود ندارد، ندارند در نتیجه عقد شرکت بهترین گزینه برای تمام بخش‌های اقتصادی اعم از صنعتی، کشاورزی، خدماتی و بازرگانی خواهد بود.

Archive of SID
www.SID.ir

اولویت‌بندی نیازها، بانک‌ها و شیوه‌های اعطای تسهیلات

در مهندسی مالی عقود به چند مسئله باید به‌صورت همزمان توجه داشت که مهم‌ترین آنها عبارت هستند از:

مطابق تحقیق‌های انجام‌گرفته، مزیت اصلی بانکداری اسلامی زمانی آشکار می‌شود که عقدها در جایگاه طبیعی خود و به‌صورت صحیح اجرا شوند و تغییر جایگاه طبیعی یا اجرای صوری قراردادها، نه‌تنها فایده‌ای ندارد بلکه باعث تحمیل هزینه‌های مازاد بر نظام بانکی نیز می‌شود.

چنانکه گذشت نیازهای تسهیلاتی متقاضیان تسهیلات بانکی از یک سنخ نبوده از جهت‌های گوناگون، مانند: مصرفی یا سرمایه‌گذاری‌بودن، کوتاه یا بلندمدت بودن، موردی یا مستمر بودن، قابل نظارت و کنترل‌بودن متفاوت است. همان‌طور سلیقه‌های متقاضیان از جهت پذیرش بانک در جایگاه شریک یا عدم پذیرش آن متفاوت است؛ بنابراین تسهیلات اعطایی باید از این جهت‌ها میز متناسب با هدف‌ها، انگیزه‌ها و سلیقه‌های مشتریان باشد تا زمینه‌های صوری‌شدن قراردادها از بین برود.

بانک‌های اسلامی نیز از جهت هدف‌ها و ساختار عملیاتی یکسان نیستند، و از این جهت حداقل به سه گروه عمده تقسیم می‌شوند:

أ. برخی از بانک‌های اسلامی از نوع بانک‌های تجاری خرد بوده، در صدد تأمین مالی خانوارها و نیازهای مقطعی و کوتاه‌مدت بنگاه‌های اقتصادی خرد هستند؛

ب. برخی دیگر از نوع بانک‌های تجاری در صدد تأمین مالی نیازهای میان‌مدت و بلندمدت بنگاه‌های اقتصادی بزرگ در جهت خرید کالاهای واسطه‌ای و سرمایه‌ای هستند؛

ج. نوع سوم بانک‌های تخصصی اسلامی هستند که با هدف توسعه‌ای در بخش تخصصی و با بهره‌گیری از توان اجرایی و انسانی تخصصی فعالیت می‌کنند و به دنبال حمایت از سرمایه‌گذاران در بخش‌ها و طرح‌های خاص هستند.

عدم رعایت تناسب ماهیت و ماموریت بانک با شیوه‌های اعطای تسهیلات باعث ناکارآمدی و تحمیل هزینه مازاد بر نظام بانکی می‌شود، برای مثال، بانک اسلامی که در عرصه تسهیلات خرد فعالیت می‌کند اگر وارد قراردادهای مشارکتی شود، به جهت نداشتن نیروی انسانی متخصص درباره نظارت و کنترل پروژه‌ها باید به قراردادهای مشارکتی صوری تن دهد یا هزینه‌های سنگین نظارت و کنترل را متحمل شود که هر دو صورت بر ضرر نظام بانکی است، همان‌طور که درگیر شدن بانک تخصصی اسلامی به اعطای تسهیلات خرد باعث از بین رفتن ظرفیت‌های بانک می‌شود.

Archive of SID
www.SID.ir

نظام بانکی باید از جهت شیوه‌های اعطای تسهیلات چنان جامع و فراگیر باشد که هیچ نیاز مشروع و مفیدی بی‌پاسخ نماند اما این به این معنا نیست که تمام بانک‌های اسلامی از همه این شیوه‌ها استفاده کنند چرا که در این صورت نیازمند ساختار عملیاتی گسترده خواهند بود که از عهده تمام بانک‌ها برآورده نیست بنابراین لازم است هر بانکی متناسب با ماموریت خود از شیوه‌های متناسب استفاده کند، بدیهی است اگر بانکی توانست در حد بانک‌های جامع مطرح شود، می‌تواند به‌صورت نظام‌مند و منطقی از تمام شیوه‌ها استفاده کند.

برای تأمین مالی مشتری اعم از بنگاه اقتصادی یا خانوار ممکن است عقدهای گوناگونی پاسخ‌گو باشد اما بهترین آنها قراردادی است که به‌صورت طبیعی در طول تاریخ و تمدن اسلامی مردم مسلمان از آن قرارداد استفاده می‌کردند، چنین قراردادهایی به جهت انس ذهنی مردم اجرایی صحیح و کم هزینه خواهند داشت. البته این به آن معنا نیست که تمام نیازهای جدید و نوپیدای اقتصادی را نیز در قالب عقدهای متعارف بریزیم، بانک‌های اسلامی می‌توانند با تحقیق و توسعه راهکارهای حقوقی جدیدی براساس موازین فقه اسلامی طراحی کنند.

یکی دیگر از محورهایی که در اولویت‌بندی عقود باید رعایت شود، میزان توافق فقهی روی آن قرارداد است، برای مثال، اگر برای تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی می‌توان از عقد سلف و خرید دین استفاده کرد، عقد سلف به جهت اتفاق فقهی تمام مذاهب اسلامی گزینه نخست و خرید دین به جهت اختلاف‌نظر فقیهان گزینه دوم خواهد بود.

جمع‌بندی و پیشنهادها

به نظر می‌رسد با توجه به نکته‌های پنج‌گانه‌ای که گذشت در مهندسی مالی، عقدها، باید از یک‌سو بین انواع بانک‌های اسلامی خرد، بزرگ و توسعه‌ای و از سوی دیگر، بین انواع نیازهای خانوارها و بنگاه‌های اقتصادی تفکیک قائل شد. بر این اساس جدول‌های ذیل برای بانک‌های اسلامی پیشنهاد می‌شود. طبیعی است اگر بانک اسلامی بخواهد در جایگاه بانک جامع در تمام عرصه‌ها فعالیت کند، می‌تواند از تمام جدول‌ها پیش‌گفته استفاده کند. در جدول‌های ذیل علامت * به معنای گزینه نخست و علامت ** به معنای گزینه دو است:

Archive of SID
www.SID.ir

جدول ۱: جدول عقدها جهت تخصیص بهینه منابع بانک‌های تجاری اسلامی خرد

ردیف	ابزارهای مالی / متقاضیان تسهیلات	قرض الحسنه	بیع نسیه	بیع سلف	بیع دین	اجاره به شرط تملیک	جعاله	استصناع
۱	خانوارها و بنگاه‌های نیازمند	*	**				**	
۲	خانوارها / تهیه کالاهای عادی		*					
۳	خانوارها/ تهیه کالاهای اساسی		**			*		*
٤	خانوارها/ خرید خدمات						*	
٥	بنگاه/ تهیه مواد اولیه، ابزار کار		*					
٦	بنگاه/ خرید خدمات						*	
۷	بنگاه/ سرمایه درگردش			*	**	**		

جدول ۲: جدول عقدها جهت تخصیص بهینه منابع بانک‌های تجاری اسلامی بزرگ

ردیف	ابزارهای مالی / متقاضیان تسهیلات	بیع نسیه	بیع سلف	بیع دین	اجاره به شرط تملیک	جعاله	استصناع
۱	بنگاه‌ها/ تهیه مواد اولیه، ابزارکار	*					
۲	بنگاه‌ها/ تهیه کالاهای سرمایه‌ای	**			*		*
۳	بنگاه‌ها/ خرید خدمات					*	
٤	بنگاه‌ها/ سرمایه درگردش		*	**	**		

جدول ۳: جدول عقدها جهت تخصیص بهینه منابع بانک‌های اسلامی تخصصی و توسعه‌ای

ردیف	ابزارهای مالی / متقاضیان تسهیلات	بیع نسیه	بیع سلف	بیع دین	اجاره به شرط تملیک	جعاله	استصناع	شرکت
۱	بنگاه‌ها / تهیه مواد اولیه، ابزار کار	*						
۲	بنگاه‌ها / تهیه کالاهای سرمایه‌ای	**			*		**	*
۳	بنگاه‌ها / خرید خدمات					*		
٤	بنگاه‌ها / سرمایه در گردش		*	**	**			
٥	بنگاه‌ها /سرمایه‌گذاری در طرح‌ها							*

Archive of SID
www.SID.ir

منابع و مآخذ

قرآن کریم.

۱. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۷ش، *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامیه.

۲. بهمنی، محمود و غفاری، مهدی، ۱۳۸٤ش، *اصول بانکداری*، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.

۳. جزیری، ۱٤۱۹ق، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل‌البیت*، بیروت: دار الثقلین، بیروت.

٤. حسن‌زاده، علی و سلطانی، زهرا، ۱۳۸۵ش، *بررسی تطبیقی کارایی و عوامل موثر بر آن در بانکداری اسلامی*، تهران: پژوهشکده پولی بانکی، ۱۳۸۵ش.

۵. حسینی‌خامنه‌ای، سیدعلی، بی‌تا، *رساله اجوبة الإستفتاءات*، بی‌جا: بی‌نا.

٦. حسینی‌عاملی، سیدمحمدجواد، ۱٤۱۸ق، *مفتاح الکرامه*، بیروت: دارالتراث.

۷. زحیلی، وهبه، ۱٤۰۹ق، *الفقه الاسلامی و أدلته*، دمشق، دارالفکر، سوم.

۸. ـــــــــ ۲۰۰۲م، *المعاملات المالیة المعاصره*، دمشق، دارالفکر.

۹. طوسی، ابن‌حمزه، ۱٤۰۸ق، *الوسیله*، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی‌نجفی.

۱۰. علامه حلّی، ۱٤۱۸ق، *قواعد الاحکام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۱۱. عمید، حسن، ۱۳۷٦ش، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: انتشارات امیرکبیر.

۱۲. فیاض، محمداسحاق، بی‌تا، *احکام‌البنوک والاسهم والسندات والاسواق المالیه*، بی‌نا: بی‌جا.

۱۳. کمیجانی، اکبر و نظرپور، محمدنقی، *چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا*، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، ش ۳۰.

۱٤. مؤتمر مجمع الفقه الاسلامی، ۱٤۱۲ق، *مجله الفقه الاسلامی*، العدد السابع، الجزء الثانی.

۱۵. مراجع تقلید، ۱۳۸۷ش، *توضیح المسائل*، تدوین: سیدمحمدحسن بنی‌هاشم‌اصفهانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱٦. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (معاونت آموزش و تحقیقات)، بی‌تا، *مجموعه آرای قضایی در امور حقوقی*، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

۱۷. موسویان، سیدعباس، ۱۳۸۳ش، «تبیین فقهی بانکداری بدون ربا»، *فصلنامه تخصصی فقه و حقوق*، سال اول، ش ۲.

Archive of SID

www.SID.ir

۱۸. موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله، ۱۳۶۳ش، *تحریرالوسیله*، قم: دفتر نشر اسلامی.
۱۹. ـــــــــ ۱۳۷۲ش، *استفتائات*، قم: دفتر نشر اسلامی.
۲۰. میرجلیلی، سیدحسین، ۱۳۸٤ش، *گروه بانک توسعه اسلامی*، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی.
۲۱. نجفی، محمدحسن، ۱۳٦۷ش، *جواهرالکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه، ۱٤۱٤ق، *الموسوعة الفقهیه الکویتیه*، کویت، بی‌نا.
۲۳. یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۳۸۷ش، *العروة الوثقی*، قم: انتشارات دارالتفسیر.

Archive of SID
www.SID.ir