

مهندسی مالی عقود در بانکداری اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۶/۲۰

تاریخ تأیید: ۱۳۸۸/۱۱/۳۰

سیدعباس موسویان*

چکیده

بانکداری متعارف، تمام تقاضاهای مصرفی خانوارها و سرمایه‌گذاری بنگاه‌های اقتصادی را با قطع نظر از اینکه متقاضی، تسهیلات را برای چه نوع نیازی لازم دارد، از راه وام بابت‌بهره 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 عقودهای 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 عقودهای 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، عقودهای غیرانتفاعی، مبادله‌ای و مشارکتی.

طبقه‌بندی JEL: D81, E44, G21, K12

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 قطع نظر 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 بابت بهره 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، تقسیم می‌شوند.

گروه دوم: بنگاه‌های اقتصادی: متقاضیان اصلی تسهیلات بانکی، بنگاه‌های اقتصادی است که جهت فعالیت اقتصادی 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 ماشین‌آلات، حمل و نقل 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

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

مقاله پیش‌رو در صدد است با روش تحلیلی و توصیفی و با روش مهندسی مالی و با استفاده از ظرفیت‌های فقه امامیه و مذاهب رسمی اهل سنت، فرضیه ذیل را اثبات کند: «با طبقه‌بندی عقود 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 کرده به ایده فراگیر شدن صنعت بانکداری اسلامی سرعت می‌بخشد.

با توجه به هدف تحقیق که به دنبال ارائه مدلی جامع از دیدگاه مذاهب اسلامی است، کوشش شده مسائل فقهی از معتبرترین و قابل استنادترین منابع گرفته شود، بر این اساس مآخذ ذیل که بیانگر دیدگاه مشهور و رسمی مذاهب اسلامی است، مآخذ اصلی بخش فقهی را تشکیل می‌دهند: *جواهرالکلام / محمدحسن نجفی؛ العروة الوثقی / سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی؛ توضیح المسائل مراجع تقلید / سیدمحمدحسن بنی‌هاشم؛ تحریرالوسیله / سیدروح‌الله موسوی خمینی؛ الموسوعة الفقهیه / وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه؛ الفقه الاسلامی و أدلته / وهبة زحیلی؛ المعاملات المالیه المعاصره / وهبة زحیلی و الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع) / جزیری.*

ادبیات موضوع

بیش از سی سال از تأسیس بانک‌های اسلامی می‌گذرد. هر یک از بانک‌های اسلامی به تناسب مذهب فقهی و وضعیت اقتصادی حاکم بر جامعه کوشیده از انواع شیوه‌ها، برای تأمین مالی 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 شکل‌گیری نظام بانکداری اسلامی یک‌پارچه در کشورهای اسلامی می‌شود. بر این اساس ضرورت دارد به سوی طراحی شیوه‌های استاندارد که از جهت فقهی و کارایی مورد وفاق تمام بانکداران مسلمان باشد، حرکت کنیم. در این جهت به صورت خلاصه شیوه‌های تأمین مالی برخی از بانک‌های مهم اسلامی بررسی می‌شود:

۱. بانکداری اسلامی مصر

نخستین تجربه بانکداری اسلامی مربوط به کشور مصر است، دکتر احمد النجار در سال ۱۹۶۳ 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 قرض الحسنه، مرابحه، اجاره، اجاره به شرط تملیک، سلف، استصناع، مضاربه و مشارکت، تسهیلات پرداخت می‌کنند (حسن‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۴۶ - ۱۴۴).

۲. بانکداری بدون ربای ایران

بانکداری بدون ربای ایران که از سال ۱۳۶۳ 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 قرض الحسنه، 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، ۱۳۸۴: 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 قرض الحسنه، 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 قرض الحسنه، 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 پروژه‌های عمرانی از شیوه‌های قرض الحسنه، مرابحه، اجاره به شرط

تملیک، استصناع، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کند (میرجلیلی، ۱۳۸۴: 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: ۱۴۸).

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 به صورت 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 اسلامی شدن نظام بانکی در پاکستان از سال ۱۹۷۷ شروع شد و از سال ۱۹۸۰ به صورت 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 ۱۹۶۳ 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

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 قرض الحسنه، مباحه، اجاره، اجاره به شرط تملیک، خرید دین، تورق، مضاربه و مشارکت استفاده می‌کنند (همان: ۱۴۱).

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. قرض الحسنه

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

تعریف قرض

قرض در لغت به معنای بریدن و قطع کردن است (عمید، ۱۳۷۶: ۹۳۷) و در اصطلاح قرض عقدی است که به سبب آن یکی از طرفین مقدار معینی 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، ۱۳۶۳: ۱، ۵۹۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ج ۲۵، ۱۸ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۹).

ارکان عقد قرض

أ. طرفین عقد؛ در عقد قرض، قرض‌دهنده را مقرض و قرض‌گیرنده را مقرض می‌گویند. مقرض و مقرض باید شرایط قراردادهای مانده: بلوغ، عقل، رشد، قصد و اختیار داشته باشند (موسوی‌خمینی، ۱۳۶۳: ۶۰۰).

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

همین قصد بگیرد صحیح است (همان؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۲ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۲، ۳۴۱).

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

۱. باید عین باشد؛ بنابراین نمی‌توان دین و منفعت را قرض داد، البته شافعیه و مالکیه قرض منافع را هم صحیح می‌دانند (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۴: ۳۳، ۱۲۰)؛
۲. از نظر شرعی و عرفی مالیت داشته باشد بنابراین خوک و سگ و لگرد و مسکرات را نمی‌توان قرض داد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۳۸)؛
۳. مورد قرض باید از حیث جنس، نوع و مقدار معلوم باشد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۰ و نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۱۴؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۳۸ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۴: ۳۳، ۱۲۱)؛
۴. جواز قرض در مثلیات مورد اتفاق فقیهان شیعه و اهل سنت است اما قرض قیمی محل خلاف است (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۳ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۴: 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، ۱۳۶۷: ۲۵، ۲۳؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۴۳ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۹)؛
۲. قرض عقدی معوض است: عقد قرض به صورت 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 نه تنها بین فقیهان شیعه بلکه بین فقیهان اهل سنت نیز موجود است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۲۸؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۱ و همو، ۲۰۰۲: ۸۱)؛
۴. 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 لازم‌الرعايه نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۳۰؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۱؛ همو، ۲۰۰۲: ۸۱ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۴: 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، ۱۳۶۷: ۱۳۶۷).

۲۵، ۲۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، 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 مقترض رد کند و اگر قیمی باشد (مانند گوسفند) مقترض باید قیمت یوم‌القرض آن را به مقترض رد کند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۱۸ و ۱۹). در بین اهل سنت، بدل در قرض قیمی محل خلاف است. شافعیه رد مثل صوری را لازم می‌دانند و حنبله در مکیل و موزون رد مثل و در غیر آن رد قیمت یوم‌القرض یا رد مثل صوری را لازم می‌دانند (جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۴۴؛ الموسوعة الفقهیه: ۱۴۱۴: ۳۳، ۱۲۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۴)؛

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، ۱۴۱۹: ۲، ۳۴۴)؛

۴. چنانکه در قرض شرط شود که مقترض زیادتر یا بهتر از آنچه قرض گرفته است به مقترض برگرداند، ربا و حرام است. همین‌طور اگر مقترض و مقترض در این‌باره تبانی کرده باشند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۵؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۴۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۸۰؛ همو، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۴، ۷۲۵ و ۷۲۶ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۴: ۳۳، ۱۲۳)؛

۵. اگر مقترض بدون شرط قبلی خودش هنگام ادای دین مقداری اضافی به مقترض پرداخت کند اشکال نداشته، بلکه مستحب است. همچنین اگر مقترض بدون شرط قبلی امیدوار باشد یا علم داشته باشد به اینکه مقترض بیش از بدهی‌اش برمی‌گرداند، بدون اشکال است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۵، ۷؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۵؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۴۵ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۲۴، ۷۲۵ و ۷۲۶)؛

۶. 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، مقترض 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، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۲ - ۵۹۹؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۲۹۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۶۵۲).

کاربرد قرض الحسنه در بانک‌های اسلامی

با توجه به ماهیت غیرانتفاعی و خیرخواهانه قرارداد قرض الحسنه بانک‌های اسلامی می‌توانند در جهت هدف‌های اجتماعی و خدایسندانه خود منابع حاصل از پس‌اندازهای قرض الحسنه افراد خیر 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، قرض الحسنه پردازند:

۱. تسهیلات قرض الحسنه 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 قرض الحسنه 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؛

۴. گرچه بانک‌های اسلامی برای تأمین مالی خانوارهای نیازمند می‌توانند از دیگر قراردادهای مانند بیع نسبه اقساطی یا جعاله نیز استفاده کنند اما اولویت نخست برای تأمین مالی این خانوارها قرض الحسنه است؛ بنابراین با فرض وجود منابع مرتبط شیوه قرض الحسنه مقدم است.

۲. قراردادهای بیع (فروش)

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

تعریف بیع

بیع در لغت به معنای خرید و فروش (عمید، ۱۳۷۶: ۲۹۸) و در اصطلاح به معنای تملیک مالی در برابر عوض معلوم است (موسوی خمینی، ۱۴۱۹: ۱، ۴۶۳؛ ماده ۳۳۸ ق.م؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۰۳؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۴۷؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۴۴ و همو، ۲۰۰۲: ۱۹).

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

می‌دارند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۴۶۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۶؛ ماده ۳۳۹ ق.م.م؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۵۵؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۴۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱) اگر بیع فقط با دادوستد کالا، صورت پذیرد صحیح است و به آن «معاطات» گفته می‌شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۴۶۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۱۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۶؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۵۰ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱) و فقط شافعیه از اهل سنت صحت آن را نمی‌پذیرند (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۵۱ و جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۵۵).

ب. طرفین عقد (متبایعان): در عقد بیع، فروشنده را بائع 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، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۶۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۱۶؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۶۰؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۵۹ و همو، ۲۰۰۲: ۲۰)؛

۲. طرفین عقد باید مالک آن چیزی باشند که به طرف مقابل تملیک می‌کنند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۷۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۱۶؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۶۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۲)؛

۳. ولی، قیم و وکیل قانونی و شرعی طرفین عقد نیز می‌توانند به جای طرفین عقد، بیع کنند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۷۲ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۹۸)؛

۴. اگر کسی با مال دیگری بیع کند بیع، فضولی بوده و صحت آن به اجازه مالک منوط است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۴۶۵؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۲۷۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۰؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۷۳ و جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۶۵).

ج. عوضان: در عقد بیع چیزی که مورد معامله قرار می‌گیرد، مبیع (مثن) و چیزی که در

برابر، مشتری به بائع 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، ۱۳۶۷: ۲۲، ۳۴۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۱)؛

۳. قابل تسلیم به مشتری باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۳۸۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۶۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۳۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۲)؛

۴. مورد معامله باید معین باشد؛ بنابراین نمی‌تواند مردّد بین دو یا چند چیز باشد

(موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۴۷۶، ۱)؛

۵. باید معلوم باشد؛ بنابراین بیع چیزی که از جهت مقدار، جنس و وصف مجهول است، صحیح نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲، ۴۱۷؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۲؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۱۶۵؛ 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، ۱۳۶۷: ۲۲، ۴۰۴ و ۲۳، ۳)؛
۲. بیع فاسد اثری در تملیک ندارد و اگر کسی 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، ۱۳۶۷: ۲۳، ۱۴۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲۲۹، ۲ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۱۳۳)؛
۴. کیفیت تسلیم در انواع مبیع متفاوت است و در تمام موارد، حکم عرف، ملاک صدق تسلیم است (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۱۴۱۹)؛
۵. اگر مبیع پیش از آن در تصرف مشتری بوده باشد نیازی به قبض جدید نیست و در ثمن نیز چنین است (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۲۱).
۶. در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع، اجبار به تسلیم می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۶۰۲ - ۴۹۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۹؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۴۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۱۴۵ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۱۴).

تقسیمات بیع

قرارداد بیع از جهت‌های گوناگون قابل تقسیم است:

بیع مؤجل و حال

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 حال (نقد) باشد بیع نقد گویند (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۶۰۲ - ۴۹۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۹۸ و الموسوعة الفقهیه، ۱۴۱۹: ۴۱، ۱۳۸).

ب. بیع نسبه

بیعی که در آن مبیع حالاً اما ثمن مؤجل باشد بیع نسبه گویند که خود به دو نوع دفعی و تدریجی (اقساطی) تقسیم می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۹۹ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۲۹ و ۲۳۰).

ضوابط بیع نقد و نسبه

۱. اطلاق عقد بیع مقتضی آن است که ثمن و مبیع، نقد باشند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۹۸)؛
۲. در معامله نسبه، باید زمان پرداخت ثمن معین شود مگر نه بیع باطل می‌شود (همان: ۲۳، ۱۰۰ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۰)؛
۳. در بیع نسبه پیش از تمام شدن مدت، بایع نمی‌تواند ثمن را از مشتری مطالبه کند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۱۱۴ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۰)؛
۴. اگر فروشنده، قیمت نسبه مبیع را گران‌تر از قیمت نقدی آن اعلام کند، به‌طوری که مشتری از قیمت نسبه و نقدی آن خبر داشته باشد، معامله صحیح است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۱۲۰ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۰)؛
۵. مدت‌دار کردن بیعی که در اصل به‌صورت نقدی منعقد شده است، در برابر افزودن چیزی بر ثمن آن، جایز نیست اما عکس آن، یعنی کم کردن مقداری از ثمن برای پرداخت زودتر، جایز است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۹۷ - ۴۹۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۱ و نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳، ۱۲۰ و ۱۲۱).

ج. بیع سلف یا سلم

سلف عکس نسبه بوده و آن بیعی است که مبیع مدت‌دار بوده اما ثمن نقد است (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۴۹۹؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۱؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۹۸؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۶۷؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۰۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۵۹۸ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۵).

شرایط بیع سلف

در بیع سلف باید شرایط ذیل رعایت شود:

۱. ویژگی‌های مبیع که قیمت به واسطه آنها فرق می‌کند، از نظر جنس و وصف باید مشخص باشد تا حدی که عرفاً، جهالت درباره آن کالا رفع شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۰۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۳؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۷۵؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۲، ۳۰۴ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۲۹۸)؛
۲. ثمن در معامله سلف نقد است و کل آن باید در مجلس عقد تحویل بایع شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۸۹ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۲۹۵).

۳. در صورتی که مبیع، طلا یا نقره است ثمن آن طلا یا نقره نباشد (مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۱: نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۷۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۴ و همو، ۲۰۰۲: ۲۸۹)؛
۴. زمان تحویل کالا به روز، ماه و سال تعیین شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۰۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۹۹؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۰ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۸)؛
۵. مقدار مبیع با مقیاس خاص خودش (با کیل، وزن، شمردن یا متر کردن) مشخص شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۹۶؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۳ و همو، ۲۰۰۲: ۲۹۸)؛
۶. مکان تحویل کالا مشخص شود، اگر قرینه برای آن وجود دارد ذکر مکان لازم نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۳۳۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۳۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۰۰ 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، ۲۳۶؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۴۵۳ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۳۲)؛

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، ۱۳۶۷: ۲۴، ۲۹۵ و حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۱۱، ۴۸). کالی به همزه اسم فاعل یا مفعول به معنای مراقبت‌کننده یا مراقبت‌شده است (امامی، ۱۳۷۷: ۱، ۴۴۳)؛
۲. این بیع بنابه قول مشهور فقیهان باطل است و ملحق به بیع دین به دین می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۳۴۷؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۳۲ و همو، ۲۰۰۲: ۱۹۹). برخی فقط بیع دین به دین را باطل می‌دانند اما بیع کالی به کالی را صحیح می‌دانند (فیاض، بی‌تا: ۲۳۳)؛

ه. بیع دین

اگر کسی دینی بر عهده دیگری داشته باشد، فروش آن به ثمنی کمتر از مقدار دین یا مساوی یا بیشتر از آن، به خود مدیون یا شخص ثالث را در اصطلاح بیع دین می‌گویند (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۹۷ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۴۳۲). مشهور فقیهان شیعه، بیع دین به شخص ثالث (مانند بانک) را در صورتی که دین حقیقی باشد (ناشی از معامله واقعی باشد)، جایز می‌شمردند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۴، ۳۴۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، بحث احکام سفته) اما برخی از بزرگان شیعه مانند حضرت امام خمینی علیه السلام (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۲، ۱۷۵) و آیت‌الله خامنه‌ای (حسینی خامنه‌ای، بی‌تا: ۸۵) و فقیهان اهل سنت در تملیک دین به شخص ثالث اختلاف نظر دارند، چهار دیدگاه در این باره 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 می‌دانند؛

۲. ابن تیمیه و ابن قیم 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 تحقق شرایطی اشکال ندارد و آن شرایط عبارت هستند از: مدیون دارا و مقرر به دین باشد یا دین وی با بیئه ثابت شود. دین مستقر باشد. غیر مسلم فیه باشد. عوض در مجلس قبض شود؛

۴. مالکیه، با فرض تحقق شرایط هشتگانه‌ای مانند آنچه در دیدگاه سوم شافعیه گذشت، بیع دین به شخص ثالث را جایز می‌داند (زحیلی، ۲۰۰۲: ۲۱۷ - ۲۱۴).

کاربرد قراردادهای بیع در بانک‌های اسلامی

قراردادهای بیع نسبه 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 به صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به صورت نسبه دفعی یا اقساطی به آنان بفروشد؛

۲. بانک اسلامی می‌تواند مواد اولیه، کالاهای واسطه‌ای و سرمایه‌ای مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی را به صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به صورت نسبه 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، به صورت بیع سلف بخرد؛

۴. 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؛

۶. بانک اسلامی برای انجام قراردادهای بیع می‌تواند از سرمایه خود بانک یا از سپرده‌های سرمایه‌گذاری استفاده کند؛

۷. اولویت نخست کاربرد فروش نسبه اقساطی و دفعی در کالاهای 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.

۳. اجاره به شرط تملیک

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

تعریف

اجاره در لغت به معنای رهناییدن و به فریاد رسیدن است (عمید، ۱۳۷۶: ۷۶). در اصطلاح نیز عقدی است که به سبب آن مستأجر در برابر مال معینی برای مدت معین، مالک منفعت عین مستأجره یا عمل اجیر می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۱؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۷؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۹۴ و ۹۷ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، 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، بی تا: ۱، ۲۹ - 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 (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۳: ۲۷، ۲۰۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۷ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۹۶).

ب. **طرفین عقد (متعاقدان):** در اجاره اشیا کسی که اجاره‌دهنده است، موجر و کسی که اجاره‌کننده است، مستأجر نامیده می‌شود. در اجاره 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 اجاره 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 اجاره نان و امثال آن برای خوردن صحیح نیست (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۶؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷، ۲۱۳؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۱۰۵)؛

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

- (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۰۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۶؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۳۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۳)؛
 ۳. عین مستأجره باید معلوم باشد و معلوم بودن آن به مشاهده یا به ذکر اوصاف است
 (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۶ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۱۱۴)؛
 ۴. عین مستأجره قابل تسلیم به مستأجر باشد (جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۱۰۰؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۳؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۶)؛
 ۵. عین مستأجره باید ملک مؤجر باشد (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۳۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۲۷ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۱۰۵).

شرایط عوض (اجاره‌بها)

۱. هر مال مشروعی اعم از عین خارجی، منفعت، حق قابل انتقال، عمل و کلی فی الذمه می‌تواند عوض اجاره باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۵)؛
۲. اجاره‌بها باید معلوم و معین باشد، مال مبهم و مردد نمی‌تواند اجاره‌بها واقع شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷، ۲۱۹؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۰۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۳۱؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۱۰۱؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۴۹ و همو، ۲۰۰۲: ۷۴).

احکام اساسی عقد اجاره

۱. مستأجر باید در استعمال عین مستأجره به صورت متعارف رفتار کرده و تعدی 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 (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۶؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷، ۲۱۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۲۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۴ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۶)؛
۴. عین مستأجره می‌تواند مستقل یا مشاع باشد و در صورت مشاع بودن تسلیم عین مستأجره به اذن شریک یا شریکان دیگر منوط است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷، ۲۱۴ و یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۲۱)؛
۵. مقدار منفعتی که به ملکیت مستأجر در می‌آید باید معلوم باشد تعیین مقدار منفعت متناسب با طبیعت عین مستأجره صورت می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۲۵؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷، ۲۶۱؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۰۰)؛

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 به صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به صورت 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 حمل و نقل را به صورت نقد خریداری و با احتساب سود بانکی به صورت اجاره به شرط تملیک به آنان وا گذارد؛

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

۴. 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 به شرط تملیک می‌رسد؛

۵. همان‌طور که پیش از این گذشت، گرچه کالاهای سرمایه‌ای و اساسی مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی و خانوارها را می‌توان براساس بیع نسبه 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 پرداخت شده 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، ۱۳۷۶: ۴۶۳). در اصطلاح نیز عبارت است از اینکه انسان متعهد شود در برابر کاری که برای وی انجام

می دهند مال (اجرت) معینی بدهد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۲؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۸۷ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، 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، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۶ 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، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۶ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹).

انواع جعاله

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

ب. جعاله عام: اگر عامل مشخص نباشد (عمومی باشد) جعاله را عام می‌گویند (موسوی خمینی، 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 (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۵ و نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۸۹).

ب. طرفین: در جعاله ملتزم (مالک) را جاعل یا کارفرما و انجام‌دهنده کار را عامل یا پیمانکار گویند (موسوی خمینی، 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 (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۷ و نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۶). عامل لازم نیست شرایط پیش‌گفته را داشته باشد فقط باید امکان و توانایی انجام کاری که جاعل مشخص کرده را داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸ و نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۶).

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

(موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹) لازم نیست عمل به صورت دقیق معلوم و معین باشد (برخلاف اجاره)، بنابراین اگر جاعل بگوید برای مثال هر کس اسب گم شده مرا بیاورد، جعاله صحیح است البته نباید به طور کلی مجهول باشد مثل اینکه بگوید: هر کس گمشده مرا بیابد ... (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸ و نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۲).

د. عوض (جعل): عوضی که جاعل برای عامل در برابر عمل قرار می دهد جعل نامیده می شود. 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 می شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۳؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۷ و همو، ۲۰۰۲: ۷۹).

ماهیت جعاله

درباره عقد یا ایقاع بودن جعاله، فقیهان و حقوقدانان بحث‌های فراوانی کرده‌اند. قول مشهور در میان فقیهان ایقاع بودن جعاله است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۳۹ و نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۸۹). در حقوق مدنی ایران جعاله جزء عقود شمرده شده است (قانون مدنی، ماده ۵۶۵). قائلان هر دو دیدگاه، در جایز بودن جعاله پیش از اتمام عمل و لزوم آن بعد از اتمام، اتفاق نظر دارند (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۴۱ و ۵۴۲ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۵۵؛ زحیلی، ۲۰۰۲: ۷۸؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۰ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۹). بنابراین طرفین می توانند پیش از اتمام عمل هر زمان که خواستند جعاله را فسخ کنند. اگر فسخ در اثنای عمل باشد و فسخ کننده جاعل باشد باید اجرت‌المثل اعمالی که عامل تا آن موقع انجام داده را بدهد (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۵، ۱۹۸ و ۱۹۹) اما اگر عامل فسخ کننده باشد مستحق چیزی نخواهد بود (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۸۹).

کاربرد قرارداد جعاله در بانک‌های اسلامی

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

۱. بانک اسلامی می تواند خدمات مورد نیاز خانوارها مانند: خدمات درمانی، آموزشی، بیمه، حمل و نقل، تعمیر، نگهداری و ساخت مسکن و ... را به صورت جعاله نقد از مراکز خدماتی دریافت کرده با احتساب سود بانکی به صورت جعاله نسیه دفعی یا اقساطی به خانوارها وا گذارد؛
۲. بانک اسلامی می تواند خدمات مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی مانند: خدمات بیمه، حمل و نقل، تعمیر،

نگهداری و ساخت محل کار، انبارداری، نظافت، نگهداری را به صورت جعاله نقد از مراکز خدماتی دریافت کرده با احتساب سود بانکی به صورت جعاله نسیه دفعی یا اقساطی به بنگاه‌ها واگذار؛
 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 می‌کند، بنابراین جعاله بانکی در حقیقت دو قرارداد جعاله موازی خواهد بود؛
 ۴. ممکن است بانک انعقاد قرارداد جعاله دوم را به خود متقاضی تسهیلات واگذار؛ به 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 افزون بر عوامل 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 ماده «صنع»، در لغت به معنای طلب و سفارش ساخت چیزی را می‌گویند (عمید، ۱۳۷۶: ۱۲۶). در اصطلاح نیز، قراردادی است که به باعث آن یکی از طرفین قرارداد، در برابر مبلغی معین، ساخت و تحویل کالا یا طرح مشخصی را در زمان معین نسبت به طرف دیگر به عهده می‌گیرد (مجمع الفقه الاسلامی، ۱۴۱۲: ۳۰۷ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۳۱).

ارکان استصناع

أ. **طرفین قرارداد؛** سفارش‌دهنده را مستصنع و سازنده را صانع می‌گویند، این دو باید 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 طرفین به انعقاد قرارداد دارد و مانند تمام قراردادها می‌تواند به صورت گفتاری، نوشتاری و عملی منعقد شود.
 ج. **عوضین؛** کالا یا پروژه‌ای که سفارش ساخت آن داده می‌شود، موضوع قرارداد استصناع یا مستصنع 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 زمان، مکان و کیفیت تحویل کالا و عوض معین باشد (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۶۳۲).

ماهیت قرارداد استصناع

صاحب نظران فقه و حقوق، اصل قرارداد استصناع را به صورت قرارداد صحیح می پذیرند اما در تبیین ماهیت آن اختلاف نظر دارند. در این بخش به بررسی دیدگاه فقیهان شیعه و اهل سنت می پردازیم.

أ. استصناع در فقه امامیه

از آنجا که حکم استصناع در کتاب های فقهی رایج و رساله های عملیه مراجع عظام ذکر نشده است. برخی از محققان طی نامه ای نظر مراجع شیعه را جویا شده اند که در ذیل عین پرسش و پاسخ آنان نقل می شود (کمیحانی و نظریور، ۱۳۸۷: ۹۲ - ۹۰):

«با سلام و احترام، چنانکه مستحضر هستید گاهی مردم عادی یا بنگاه های اقتصادی برای تهیه کالاهای مورد نیاز خود، به سازنده آن کالاها سفارش ساخت می دهند، مانند: سفارش ساخت در، پنجره، خودرو، کشتی، هواپیما، خانه، بیمارستان و ... در این موارد سازنده طی قراردادی متعهد می شود کالای مورد نظر را با مشخصات معین ساخته، در تاریخ مشخص تحویل دهد و سفارش دهنده نیز متعهد می شود مبلغ معینی را طبق زمان بندی 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 به طور معمول مواد اولیه و مصالح به عهده سازنده است». مستدعی است درباره پرسش های 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 عقودهای متعارف قرار می گیرد 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 این گونه است:

آیت الله خامنه ای: قرارداد پیش گفته از مصداق های بیع و شراء است و مشمول ادله صحت و نفوذ بیع است اگر چه شرایط بیع نسبه و بیع سلف را ندارد زیرا شرایط ذکر شده شرایط حکم است و نه قید مقوم موضوع و عقدی لازم است.

آیت الله جوادی آملی: عقد پیش گفته هر چند مرکب از چند عقد است اما اگر در مجموع تحت یک عقد قرار گیرند، مصداق یکی از عقود متعارف نبوده و عقد مستقل، صحیح و لازم الطرفین است.

آیت الله صافی گلپایگانی: عقد پیش گفته می تواند تحت عنوان صلح، صحیح باشد و اگر این

عقد واجد شرایط صلح باشد از عقدهای لازمه است.

آیت الله فاضل لنکرانی رحمته الله علیه: 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.

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

آیت الله موسوی اردبیلی: چنانکه حدود و مشخصات کالا و شرایط معین 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 به طور نسبی با تعیین مشخصات کامل.

آیت الله بهجت رحمته الله علیه: عقد پیش گفته عقد اجاره است که استیجار کرده و شرایط اجاره را دارد و اگر عمل نکند به مقدار عمل، اجرت می گیرد.

آیت الله مکارم شیرازی: 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 آماده شدن جنس برای تحویل معامله نهایی صورت می گیرد و در این صورت احکام بیع را دارد.

آیت الله نوری همدانی: این عقد صحیح است و می تواند تحت عناوینی چون بیع و اجاره قرار گیرد و می تواند 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

مالکی ها، استصناع را نوعی عقد سلف می دانند و احکام آن را در استصناع جاری می کنند. بنابراین استصناع را در صورتی صحیح می دانند که کل مبلغی که باید سفارش دهنده (مستصنع) به صورت عوض به صانع بپردازد، در اول عقد به وی تأدیه شود و مؤجل بودن آن را باعث بطلان استصناع می دانند. شایان ذکر است مالکی ها، تأخیر پرداخت ثمن را تا سه روز جایز و آن را در حکم نقد می دانند (زحیلی، ۱۴۱۲: ۳۰۷).

۲. استصناع در فقه شافعی و حنبلی

عالمان شافعی استصناع را جزء فروعات عقد بیع سلم (سلف) دانسته و آن را عقد مستقل نمی دانند (سالوسی، ۱۴۱۲: ۲۶۵). از فقیهان حنابله هم «ابن قدامه» در کتاب المغنی،

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 (زرqa، ۱۴۱۲: ۲۳۸). برخی دیگر از عالمان حنفی، استصناع را فقط تعهدی ابتدایی می‌دانند و از آن تعبیر به المواعده 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 رحمته‌الله 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:

ا. 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 به صورت گسترده در تمام بخش‌های اقتصادی کاربرد وسیع داشته باشد، قرارداد شرکت است.

تعریف

شرکت در لغت به معنای مخلوط‌شدن و ممزوج‌شدن اموال است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۸۴). در اصطلاح نیز قراردادی است که به سبب آن دو یا چند نفر سرمایه مورد نیاز فعالیت اقتصادی را به صورت 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، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۳ و نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۸۴).

انواع شرکت

شرکت را به اعتبار سبب تحقق 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۰؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۶۳ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۴).

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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۰؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۶۳ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۴)؛

ب. عقد غیرشرکت: برای مثال دو نفر چیزی را به صورت 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۰؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۶۳ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۴)؛

ج. حیات: 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۰).

انواع شرکت عقدی

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

متفاوت هستند:

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؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۴؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۴؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۷۶ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۵).

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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۶؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۴) و نیز شافعیه از اهل سنت، باطل (یزدی، ۱۳۸۷: ۲۶، ۲۹۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۴ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۴) و در دیدگاه حنفیه، مالکیه و حنابله، از اهل سنت صحیح است (جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۷۵ و ۷۶ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۵).

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، ۵۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۴؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۸ و ۲۹۹ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۷۵ و ۷۶) اما حنفیه و مالکیه، آن را صحیح می‌دانند (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۷۹۷ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۶۷ و ۶۸).

۴. شرکت وجوه

شرکت وجوه، عبارت است از اینکه دو نفر یا بیشتر قرار بگذارند هر یک اموالی را که به اعتبار خود به صورت 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۲۹۸ و ۳۰۰؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۴؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۵؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۶۷ و ۷۵ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۰۱).

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: ۵۲۶؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۴ و جزیری، ۱۴۱۹: 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، ۵۲۵؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۳؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۶ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۸۳).

ج. سرمایه (مال الشریکه): اموالی که شریکان به صورت سرمایه برای شرکت می‌آورند باید شرایط ذیل داشته باشد:

أ. سرمایه باید عین باشد بنابراین دین و منفعت نمی‌تواند سرمایه شرکت واقع شود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۳ و ۵۲۴ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۸۲)؛

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

ج. سرمایه شریکان باید مخلوط و ممزوج شود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۴ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۸۴).

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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۰۶؛ یزدی، ۱۳۶۷: ۲، ۵۲۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۹۱ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۲۷، ۸۲۸ و ۸۲۹)؛

۲. اگر در ضمن عقد شرکت مدت 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۰۷) اما اگر در ضمن عقد لازم دیگری مانند: اجاره، بیع، مصالحه یا ... صورت گیرد عدم خروج شریکان از شرکت

لازم الاجرا خواهد بود (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۹ و موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۶).

احکام اساسی شرکت

۱. منظور از تصرف، اداره کردن 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؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۷۶؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۱۵)؛

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، ۱۳۶۷: ۲۶، 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۰۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۷ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و ۲۸۹)؛

۴. عامل، امین است و ضامن تلف، نقص و خسارت‌های وارده به شرکت نیست مگر اینکه ناشی از تفریط یا تعدی وی باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۰۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۹۰ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۲۸)؛

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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۰۱)*؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۵۲۶؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۲۸۸ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۸۲).

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.

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؛
 ۴. 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 سهم 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؛
 ۶. 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، ۱۳۷۶: ۱۰۹۶). 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 معینی تقسیم شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱، ۵۵۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۳۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۵۹؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۳۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۳۶ و همو، ۲۰۰۲: ۱۰۶).

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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۴۰؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۵؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۴۰ و همو، ۲۰۰۲: ۱۰۷).

ارکان عقد مضاربه

أ. **ایجاب و قبول:** عبارت از لفظی است که طرفین به وسیله آن رضایت خود را از عقد مضاربه اعلام می‌دارند. لازم نیست این الفاظ به عربی باشد، به هر زبانی که منظور طرفین از عقد را برساند کفایت می‌کند. افزون بر آن معاطات نیز در مضاربه جاری است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۳۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۳ و ۳۰۴ و جزیری، ۱۴۱۹: ۳، ۳۶ و ۴۳).

ب. **طرفین عقد:** صاحب سرمایه را مالک و تاجر را عامل یا مضارب می‌گویند. مالک و عامل باید شرایط عمومی صحت معامله‌ها اعم از بلوغ، عقل و اختیار را داشته باشند. همچنین مالک نباید به علت ورشکستگی محجور باشد و عامل نیز باید قدرت تجارت با سرمایه موجود را داشته باشد (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۰ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۳).
ج. **سرمایه:** سرمایه، مالی است که مالک برای کار، به عامل می‌دهد تا با آن به تجارت بپردازد و باید شرایط ذیل را داشته باشد:

أ. **عین باشد:** بنابراین مضاربه با منفعت یا دین، صحیح نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۵۶؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۴۴ و همو، ۲۰۰۲: ۱۱۰)؛

ب. **نقد باشد:** بنابراین مضاربه با جنس و کالا صحیح نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۵۶؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۱؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۴۳ و همو، ۲۰۰۲: ۱۱۰)؛

ج. **معلوم باشد:** مقدار سرمایه از لحاظ کمی و کیفی باید معلوم و معین باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۵۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۲؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۴۴ و همو، ۲۰۰۲: ۱۱۰).

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 بر آن صدق نمی‌کند (یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۳ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۲ و ۳۰۳).
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، ۱۴۰۹: ۴، ۸۶۰).

ه. **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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۶۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۲ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۳)؛

ب. سهم هر کدام از مالک و عامل از سود حاصله باید در ابتدای عقد مشخص شود. این مقدار باید برای هر کدام به صورت کسری از کل سود باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۶۴ و ۳۶۵؛ یزدی،

۱۳۸۷: ۲، ۴۶۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۶۴ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۱۰) اما اگر نوع کار به صورتی 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، ۴۷۲)؛
۲. اگر مضاربه عام باشد و نوع تجارت به اختیار عامل گذاشته شود عامل می‌تواند هر قسم تجارتي را که صلاح می‌داند انجام دهد (زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، 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 کند و چنانکه از امور معین شده تخلف کرد و ضرری به سرمایه وارد شد ضامن است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۷۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۶۸؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۴ و زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۶۱)؛
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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۷۸؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۹۰؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۵۴ 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، ۴۶۸ و مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۴)؛
۴. 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، ۱۳۶۷: ۲۶، ۳۴۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۷۲؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۰ و ۳۰۵؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۴، ۸۶۴ 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)؛
۶. 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

(نجفی، ۱۳۳۷: ۲۶، ۳۵۵؛ یزدی، ۱۳۸۷: ۲، ۴۸۰؛ مراجع تقلید، ۱۳۸۷: ۲، ۳۰۵ و زحیلی، ۲۰۰۲: ۱۱۲)؛
 ۷. عقد مضاربه را می‌توان به صورت 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 دین یا مجهول (به صورتی 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؛
۴. 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؛
۶. 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.

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 عقده‌ها در جایگاه طبیعی خود و به‌صورت صحیح اجرا شوند و تغییر جایگاه طبیعی یا اجرای صورتی قراردادهای، نه تنها 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 سرمایه‌گذاری بودن، کوتاه یا بلندمدت بودن، موردی یا مستمر بودن، قابل نظارت و کنترل بودن 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 نیز متناسب با هدف‌ها، انگیزه‌ها و سلیقه‌های مشتریان باشد تا زمینه‌های صورتی شدن 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:

- ا. 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 مأموریت 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 صورتی 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.

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 به صورت نظام‌مند و منطقی از تمام شیوه‌ها استفاده کند. برای تأمین مالی مشتری اعم از بنگاه اقتصادی یا خانوار ممکن است عقودهای گوناگونی پاسخ‌گو باشد اما بهترین آنها قراردادی است که به صورت 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 عقودهای 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 اختلاف نظر فقیهان گزینه دوم خواهد بود.

جمع‌بندی و پیشنهادها

به نظر می‌رسد با توجه به نکته‌های پنج‌گانه‌ای که گذشت در مهندسی مالی، عقودها، باید از یک سو 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:

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

ردیف	ابزارهای مالی مقاضیان تسهیلات	قرض الحسنه	بیع نسبه	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		**			*		*
۴	خانوارها/ خرید خدمات						*	
۵	بنگاه/ تهیه مواد اولیه، ابزار کار		*					
۶	بنگاه/ خرید خدمات							*
۷	بنگاه/ سرمایه در گردش			*	**	**		

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

ردیف	ابزارهای مالی مقاضیان تسهیلات	بیع نسبه	بیع سلف	بیع دین	اجاره به شرط تملیک	جعاله	استصناع
۱	بنگاه‌ها/ تهیه مواد اولیه، ابزار کار	*					
۲	بنگاه‌ها/ تهیه کالاهای سرمایه‌ای	**			*		*
۳	بنگاه‌ها/ خرید خدمات					*	
۴	بنگاه‌ها/ سرمایه در گردش		*	**	**		

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

ردیف	ابزارهای مالی مقاضیان تسهیلات	بیع نسبه	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					*		
۴	بنگاه‌ها / سرمایه در گردش		*	**	**			
۵	بنگاهها / سرمایه‌گذاری در طرح‌ها							*

منابع و مأخذ

قرآن کریم.

۱. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۷ش، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۲. بهمنی، محمود و غفاری، مهدی، ۱۳۸۴ش، اصول بانکداری، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.
۳. جزیری، ۱۴۱۹ق، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت، بیروت: دار الثقلین، بیروت.
۴. حسن زاده، علی و سلطانی، زهرا، ۱۳۸۵ش، بررسی تطبیقی کارایی و عوامل موثر بر آن در بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی بانکی، ۱۳۸۵ش.
۵. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، بی تا، رساله اجوبه الإستفتاءات، بی جا: بی نا.
۶. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، ۱۴۱۸ق، مفتاح الكرامه، بیروت: دارالتراث.
۷. زحیلی، وهبه، ۱۴۰۹ق، الفقه الاسلامی و أدلته، دمشق، دارالفکر، سوم.
۸. ———، ۲۰۰۲م، المعاملات المالية المعاصره، دمشق، دارالفکر.
۹. طوسی، ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، الوسيله، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۰. علامه حلّی، ۱۴۱۸ق، قواعد الاحکام، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۱. عمید، حسن، ۱۳۷۶ش، فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۲. فیاض، محمداسحاق، بی تا، احکام البنوک والاسهم والسندات والاسواق الماليه، بی نا: بی جا.
۱۳. کیمیجانی، اکبر و نظریور، محمدنقی، چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش ۳۰.
۱۴. مؤتمر مجمع الفقه الاسلامی، ۱۴۱۲ق، مجله الفقه الاسلامی، العدد السابع، الجزء الثاني.
۱۵. مراجع تقلید، ۱۳۸۷ش، توضیح المسائل، تدوین: سیدمحمدحسن بنی هاشم اصفهانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (معاونت آموزش و تحقیقات)، بی تا، 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.

۱۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، ۱۳۶۳ش، *تحریر الوسیله*، قم: دفتر نشر اسلامی.
۱۹. ———، ۱۳۷۲ش، *استفتائات*، قم: دفتر نشر اسلامی.
۲۰. میرجلیلی، سیدحسین، ۱۳۸۴ش، *گروه بانک توسعه اسلامی*، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی.
۲۱. نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۷ش، *جواهرالکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه، ۱۴۱۴ق، *الموسوعة الفقهیه الكويتیه*، کویت، بی نا.
۲۳. یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۳۸۷ش، *العروة الوثقی*، قم: انتشارات دارالتفسیر.