



دانشگاه امام صادق علیه السلام

دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

رساله دکتری رشته الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

چالش های فقهی اجرایی شدن عقود

در بانکداری اسلامی با مطالعه موردی مضاربه و جعاله

استاد راهنما:

حجت الاسلام والمسلمین دکتر حسینعلی سعدی

اساتید مشاور:

حجت الاسلام والمسلمین سید عباس موسویان و دکتر کامران ندری

دانشجو:

صادق الهام

آذر ۱۳۹۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ



دانشگاه امام صادق علیه السلام

دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

رساله دکتری رشته الهیات، معارف اسلامی و ارشاد

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

چالش های فقهی اجرایی شدن عقود

در بانکداری اسلامی با مطالعه موردی مضاربه و جعاله

استاد راهنما:

حجت الاسلام والمسلمین دکتر حسینعلی سعدی

اساتید مشاور:

حجت الاسلام والمسلمین سید عباس موسویان و دکتر کامران ندری

دانشجو:

صادق الهام

آذر ۱۳۹۴

کلیه حقوق اعم از چاپ، تکثیر، نسخه برداری، ترجمه، اقتباس و ... از این پایان نامه

برای دانشگاه امام صادق (علیه السلام) محفوظ است.

نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

این اثر را تقدیم می کنم به :

روح پر فتوح تمامی فقهای مجاهد که با تلاشهای کم نظیر خود حوزه هزار ساله تشیع را از

انحرافات مصون داشتند، بالاخص دو فقیه عالیقدر

حضرات آیات مهدوی کنی و سید حسین مصطفوی - رحمهما الله

که از محضرشان بهره برده ام.

## سیاس و قدردانی

خداوند سبحان و ائمه اطهار علیهم السلام را سپاس می گویم که مرا به این مسیر شیعی هدایت فرمودند.

از راهنمایهای ارزنده جناب حجت الاسلام والمسلمین دکتر سعدی که نگارنده این تحقیق سالها توفیق تلمذ از محضر آن استاد گرامی را داشته و مدیون تلاشهای علمی ایشان است، قدردانی می کنم.

همچنین تشکر می نمایم از اساتید گرامی که در سالیان تحصیل به نحوی به گردن اینجانب حق داشته اند خصوصاً اساتید محترم مشاور جناب حجت الاسلام والمسلمین سید عباس موسویان و دکتر کامران ندری که به ثمر رسیدن این اثر مرهون زحمات ایشان است.

## چکیده

حرمت ربا و تاثیر مخرب آن بر اقتصاد و فرهنگ جامعه و تاثیر سوء وضعی اش، موضوعی نیست که نیاز به توضیح داشته باشد. آیات صریح قرآن و روایات متعدد (که در برخی از آنها ربا دهنده و ربا گیرنده و شاهد و کاتب آن ملعون نامیده شده اند.) و اجماع علمای اسلامی، گویای این مطلب است. در بانکداری بدون ربا تلاش برای جایگزین کردن نظامی متناسب با شرع به جای نظام ربوی است. این نظام بانکی باید از سویی با هدف اصلی بانک در حوزه تجهیز و تخصیص منابع همسو بوده و از سوی دیگر با محذورات ربا مواجه نگردد. غرض کارشناسان اقتصاد اسلامی در این حوزه تغییر اسمی بانکداری ربوی نبوده بلکه تلاش برای ایجاد یک نظام بانکی جدید می باشد. از جمله تلاشهای تحسین برانگیز که در حوزه بانکداری اسلامی در جهان اسلام صورت گرفته است طراحی نظام بانکی بدون ربا در ایران است. اما در اینکه این قانون بانکداری در مرحله ی اجرا با چالشهایی مواجه است امر مسلم و غیر قابل انکار نزد علمای اقتصاد اسلامی است. این چالشها گاه به بندهای مندرج در قراردادهای تنظیم شده بانکی و گاه به نحوه ی اجرای آن مربوط میشود که برخی اشکالات مرحله اجرا نیز به نحوی به تنظیم قرارداد باز میگردد. عقد مضاربه و جعاله به عنوان دو عقد مهم در نظام بانکداری اسلامی از این مشکل مستثنی نمی باشند به عنوان نمونه می توان به ابهام جایگاه بانک به عنوان جاعل یا عامل در قرارداد جعاله ثانوی و یا ضمان امین در قرارداد مضاربه که توسط شرط ضمن عقد لازم خارجی صورت می پذیرد، اشاره داشت. جریمه دیر کرد در مضاربه و جعاله و نیز اخذ وثیقه از عامل جعاله قبل از انجام عمل از دیگر شبهات موجود در قرار دادهای مذکور می باشد. هدف در این تحقیق که با روش تحلیلی و توصیفی با استفاده از مطالعه کتابخانه ای صورت پذیرفته است، بررسی فقهی این موضوعات و اثبات خلاف شرع بودن برخی مواد و ارائه ی راهکار فقهی برای اصلاح آنان تا حد امکان می باشد البته تبیین یک سیستم مناسب جایگزین از عهده فقیه خارج و جزء وظایف اقتصاددانان است.

## کلید واژگان:

ربا، قرض، مضاربه، جعاله، بانکداری بدون ربا، عقود شرعی، شرط ضمن عقد، پول

## فهرست تفصیلی

فصل ۱ : کلیات	۱
۱-۱- بیان مساله و ضرورت تحقیق	۳
۱-۱-۱- سوالات تحقیق	۶
۱-۱-۲- فرضیه های تحقیق	۶
۱-۱-۳- سابقه پژوهش	۶
۱-۱-۴- روش تحقیق	۹
۲-۱- العقود تابعه للقصد	۹
۱-۲-۱- مراد از قاعده	۹
۲-۲-۱- مدرک قاعده	۱۱
۳-۱- المؤمنون عند شروطهم	۱۶
۱-۳-۱- معنای شرط	۱۶
۲-۳-۱- الزامات ابتدائی	۱۸
۳-۳-۱- انواع شرط	۱۹
۴-۳-۱- مدرک قاعده	۲۱
۵-۳-۱- مفاد قاعده	۲۲
۶-۳-۱- حدود قاعده	۲۵
۷-۳-۱- شرط صحیح	۲۷
۱-۷-۳-۱- مجهول نبودن	۲۸
۲-۷-۳-۱- عدم مخالفت با کتاب	۳۱
۱-۲-۷-۳-۱- سند	۳۱
۲-۲-۷-۳-۱- مفاد	۳۲
۳-۷-۳-۱- عدم مخالفت با مقتضای عقد	۳۶
۸-۳-۱- شرط فاسد	۴۱
۱-۸-۳-۱- مفسد بودن	۴۱
۱-۱-۸-۳-۱- ادله قائلین به بطلان	۴۲
۱-۱-۱-۸-۳-۱- روایات	۴۲
۲-۱-۱-۸-۳-۱- اختلال در عقود	۴۴
۳-۱-۱-۸-۳-۱- مجهول بودن	۴۵
۴-۱-۱-۸-۳-۱- عدم تحقق قصد	۴۶
نتیجه گیری فصل	۴۷
فصل ۲ : مضاربه	۵۰
۱-۲- تعریف مضاربه	۵۲
۱-۱-۲- معنای لغوی	۵۲
۲-۱-۲- معنای اصطلاحی	۵۲
۲-۲- مشروعیت عقد	۵۸
۱-۲-۲- تفاوت مضاربه با ربا	۶۷
۳-۲- ارکان مضاربه	۶۸



۶۸.....	۱-۳-۲- عقد
۶۸.....	۲-۳-۲- سرمایه
۶۹.....	۱-۲-۳-۲- عین بودن سرمایه
۷۵.....	۱-۱-۲-۳-۲- پول الکترونیک
۹۳.....	۳-۳-۲- متعاقدان
۱۰۴.....	۴-۳-۲- عمل
۱۰۴.....	۱-۴-۳-۲- تجارت
۱۱۱.....	۴-۲- احکام مضاربه
۱۱۱.....	۱-۴-۲- جواز عقد مضاربه
۱۱۴.....	۲-۴-۲- امانی بودن ید عامل
۱۱۶.....	۱-۲-۴-۲- قراردادن ضمان بر امین
۱۲۰.....	۲-۲-۴-۲- قراردادن ضمان بر عامل مضاربه
۱۲۱.....	۱-۲-۲-۴-۲- مخالفت شرط ضمان با قاعده
۱۲۱.....	۱-۱-۲-۲-۴-۲- مخالفت با مقتضای عقد
۱۲۷.....	۲-۱-۲-۲-۴-۲- مخالفت با قاعده بطلان ربح مالم یضمن
۱۲۹.....	۲-۲-۲-۴-۲- مخالفت شرط ضمان با روایات
۱۲۹.....	۱-۲-۲-۲-۴-۲- روایات عام
۱۳۴.....	۲-۲-۲-۲-۴-۲- روایات خاص
۱۴۲.....	۳-۲-۴-۲- راه حل
۱۴۶.....	۳-۴-۲- جریمه تأخیر تأدیه
۱۴۶.....	۱-۳-۴-۲- قائلین به بطلان
۱۴۸.....	۲-۳-۴-۲- قائلین به جواز
۱۴۸.....	۱-۲-۳-۴-۲- ضمان منافع
۱۵۲.....	۲-۲-۳-۴-۲- شرط ضمن عقد
۱۵۴.....	۳-۲-۳-۴-۲- کاهش ارزش پول
۱۷۰.....	۴-۲-۳-۴-۲- تعزیر
۱۷۰.....	۱-۴-۲-۳-۴-۲- معنای تعزیر
۱۷۱.....	۲-۴-۲-۳-۴-۲- موجبات تعزیر
۱۷۷.....	۳-۴-۲-۳-۴-۲- تعزیر مالی
۱۸۱.....	۴-۴-۲-۳-۴-۲- پیشنهادی برای اجرای جریمه ی مالی:
۱۸۲.....	نتیجه گیری فصل

### فصل ۳: جعاله ..... ۱۸۵

۱۸۷.....	۱-۳- تعریف جعاله
۱۸۷.....	۱-۱-۳- تعریف لغوی
۱۸۸.....	۲-۱-۳- تعریف اصطلاحی
۱۸۸.....	۲-۳- مشروعیت جعاله
۱۹۱.....	۳-۳- عقد یا ایقاع
۱۹۴.....	۴-۳- تفاوت جعاله با اجاره
۱۹۵.....	۵-۳- ارکان جعاله
۱۹۵.....	۱-۵-۳- صیغه
۱۹۵.....	۲-۵-۳- عاقد

۱۹۵.....	۳-۵-۲-۱- مراد از عاقد.....
۱۹۸.....	۳-۵-۲-۲- شرایط عاقد.....
۲۰۴.....	۳-۵-۳- عمل.....
۲۰۶.....	۳-۵-۳-۱- جعاله بر اقراض.....
۲۱۰.....	۳-۵-۴- جعل.....
۲۱۱.....	۳-۶-۱- احکام جعاله.....
۲۱۱.....	۳-۶-۱- جواز جعاله.....
۲۱۳.....	۳-۶-۲- استحقاق جعل.....
۲۱۴.....	۳-۶-۲-۱- پیش پرداخت.....
۲۱۶.....	۳-۶-۲-۲- جریمه تأخیر تأدیه.....
۲۱۸.....	۳-۶-۲-۳- تسلیم موضوع جعاله.....
۲۱۹.....	۳-۶-۲-۴- پرداخت جعل با طلب عامل.....
۲۲۰.....	۳-۶-۲-۵- وثیقه بر جعل.....
۲۲۴.....	نتیجه گیری فصل.....
۲۲۶.....	<b>نتیجه گیری و پیشنهاد.....</b>
۲۳۲.....	<b>منابع و مأخذ.....</b>

# فصل ۱ : کلیات

## ۱-۱- بیان مساله و ضرورت تحقیق

حرمت ربا و تاثیر مخرب آن بر اقتصاد و فرهنگ جامعه و تاثیر سوء وضعی آن، موضوعی نیست که نیاز به توضیح داشته باشد. آیات صریح قرآن و روایات متعدد (که در برخی از آنها ربا دهنده و ربا خورنده و یا حتی شاهد و کاتب آن ملعون نامیده شده اند.) و اجماع علمای اسلامی، گویا این مطلب است.

آنچه از دیرباز تا کنون به عنوان مساله عمده و مبتلا به جامعه بوده است، اقدامات به ظاهر صحیحی است که با قصد گریز از ربا صورت می گیرد که از آن به حیل شرعی یاد می کنند. تاثیر این حیل بر تبدیل و تبدل موضوع و خروج از عنوان ربا، مورد تحقیق و بررسی فقهای عظام در طول زمان قرار داشته است. گروهی آن را سبب خروج از عنوان ربا دانسته و گروهی حرمت ربا را همچنان باقی می دانند. هر دو گروه بر این نظرند که اگر موضوع ربا با انجام حیل همچنان باقی باشد، حرام خواهد. کلام در این است که آیا با اجرای این حیل موضوع تغییر می کند یا خیر؟

بعضی از فقهای معاصر نظر به این دارند که از آنجا که ربا به شدت مورد نهی خدا واقع شده تا آنجا که آن را محاربه با خود و پیامبرش (ص) خوانده است پس امکان حلیت آن با این حیل ساده عرفی نیست و نیز اگر این حیل راهکاری مناسب برای تغییر موضوع ربا بود چرا خود پیامبر اسلام ص نفرموده اند؟! و یا اینکه حیل مذکور موجب نقض مقاصد تشریح خواهد شد. در نتیجه این حیل نمی تواند راهکاری مناسب برای تغییر موضوع و حلیت معامله باشد. در مقابل گروه دیگر از فقها معتقدند که احکام مترتب بر موضوعات بوده و از سویی تحقق موضوع با قصد فرد است و مراد از قصد نیز همان قصد استعمالی نه جدی است پس با این مقدمات می توان به راحتی نتیجه گرفت که با تغییر قصد، موضوع تغییر یافته و حکم به تبع آن تغییر می یابد. روایات ماثور از اهل بیت علیهم السلام دال بر اینکه کلام موجب حلیت و حرمت است (انما یحلل الکلام و یحرم الکلام) نیز می تواند مویدی بر این ادعا باشد.

اما مساله ای که امروز اهمیت دارد و تحقیق جدید در این زمان را اقتضای می کند، روشهای نوینی است که به صورت نظامند اتفاق می افتد و بخش عظیمی از مبادلات خصوصی و روابط اقتصادی و مالی بین دولت و اشخاص را می گیرد از جمله آنها عقود است که در نظام بانکداری بدون ربا به عنوان جایگزین برای عقد قرض در نظر گرفته شده است.

در نظام بانکی بدون ربا تلاش برای جایگزین کردن سیستمی متناسب با شرع به جای سیستم ربوی است. این نظام بانکی باید از سویی با هدف اصلی بانک در حوزه تجهیز و تخصیص منابع همسو بوده و از سوی دیگر با محذورات ربا مواجه نگردد. غرض کارشناسان اقتصاد اسلامی در این حوزه تغییر اسمی نظام ربوی نبوده بلکه تلاش برای ایجاد یک نظام بانکی جدید بوده است.

در دوران معاصر همگان می دانند که حذف کلی نظام بانکی چه آثار مخربی در جامعه می تواند داشته باشد و از سوی دیگر بقای نظام بانکی ربوی آثار تخریبی بیشتری در پی خواهد داشت. برای همین در طول

سنوات اخیر تلاشهایی در نقاط مختلف کشور اسلامی برای حل این مشکل صورت گرفته است. لکن این تلاشهای بیشتر در حوزههایی محدود بوده و فاقد طراحی نظام مند برای سیستم بانکی می باشد.

از جمله تلاشهای تحسین برانگیز که در این حوزه در جهان اسلام صورت گرفته است طراحی نظام بانکی بدون ربا در ایران است. اما در اینکه قانون بانکداری بدون ربا در مرحله اجرا با چالشهایی مواجه است امر مسلم و غیر قابل انکار نزد علمای اقتصاد اسلامی است.

این چالشها گاه به مرحله تنظیم قراردادها و گاه به مرحله اجرای آن مربوط میشود که برخی اشکالات مرحله اجرا نیز به نحوی به مرحله تنظیم بازمیگردد.

چالشهای قانون بانکداری به دو شکل قابل بررسی است. اول اشکالات ساختاری وارد و دیگر اشکالاتی که به هر یک از عقود به نحو مجزا وارد است.

مهم ترین اشکال ساختاری وارد بر این قانون تاثیر پذیری آن از فضای موجود در جامعه در دوران قانونگذاری است به نحوی که قوانین موجود بیشتر با نظام اقتصاد دولتی سازگار است تا خصوصی.

ولیکن هدف این تحقیق ورود به اشکالات ساختاری نبوده و بطور خاص بررسی چالش های عقود می باشد. و به علت کثرت این عقود و برای افزودن به کیفیت و دقت کار به دو عقد مضاربه و جعاله که از جمله عقود مهم در نظام بانکداری بدون ربا است بسنده می شود.

عقد مضاربه از عقود اسلامی مهم و جایگزین مناسبی برای قرض می باشد. اما برای جایگزینی در نظام بانکداری دقت به چند نکته (که به نظر می آید در مرحله تنظیم قرارداد مغفول واقع شده اند) لازم است. همانگونه که معلوم است این عقد هم در ناحیه تخصیص و هم در ناحیه تجهیز منابع بانکی می تواند مورد استفاده قرار گیرد گرچه در نظام بانکداری اسلامی ایران عقد مضاربه صرفاً در مرحله تخصیص منابع مورد استفاده قرار گرفته است. از این روی آنچه مورد بحث در این تحقیق می باشد تخصیص منابع بانکی است گرچه مرحله تجهیز (در فرض مدل ارائه شده توسط شهید صدر) نیز از اشکالات مبرا نیست.

به صورت اجمال در ذیل به برخی از آنها اشاره می شود:

- نقش بانک در این عقد چیست؟ در نظام بانکداری غربی از آنجا که بر مبنای قرض است بانک مالک محسوب می شود اما در نظام بانکداری بدون ربا آیا بانک مالک است؟ در صورت مالکیت بانک محذور ربا جاری است یا خیر؟

اگر بانک عامل در مضاربه باشد (همانگونه که در برخی از آثار مرحوم شهید صدر می باشد) اشکال در ضمان وجود خواهد داشت.

- مساله ضمان امین که در قرارداد مضاربه بانک به عنوان شرط در ضمن عقد لازم دیگر بیان شده است چگونه توجیه می شود در حالیکه مخالف صریح روایات در باب مضاربه است. برخی از فقها که اصل ضمان امین را پذیرفته اند در مضاربه به علت روایات خاص اشکال کرده اند.

- بر فرض پذیرش مالکیت بانک اشکال در مالکیت اشخاص حقوقی پیش می آید. این اشکال در صورتی است که قایل به نظام بانکی خصوصی باشیم اما در نظام بانکی دولتی این اشکال به نحو بررسی مالکیت دولتها وارد خواهد بود. در این مساله که دولت خود به عنوان دارای شخصیت بوده و می تواند مالک باشد و یا اینکه صرفا وکیل از سوی مردم است اختلاف است. واثرات آن در نظام بانکی بدون ربا واضح است.

- معیار در صحت عقد با توجه به قاعده العقود تابعه للقصد قصد جدی است و یا قصد استعمالی کافی می باشد؟ این مساله در مرحله سپرده گذاری بسیار قابل توجه است.

- جریمه تاخیر که در صورت تاخیر رساندن وجه دریافتی توسط عامل به بانک می باشد چگونه در عقد مضاربه توجیه می گردد؟

- عقد جعاله ثانوی که در قرار داد جعاله ثانوی در مسکن مورد توجه است چه مبنای فقهی دارد؟  
- آیا ماهیت فقهی و حقوقی جعاله (آنچه مورد قبول فقها شیعه است) در قرار داد بانکی حفظ شده است یا اینکه تاسیس عقد جدید بوده و صرفا تشابه اسمی می باشد.

این اشکالات که گوشه ای از اشکالات موجود است یا در قرارداد مغفول واقع شده و یا خلاف موازین شرع می باشد. گرچه برخی از علمای اسلامی سعی در توجیه این امور نموده اند اما به نظر می آید که جای تحقیقات دقیق و به دور از افراط و تفریط و توجیه سازی خالی است.

هدف در این تحقیق بررسی این امور بوده و از بیان راهکار اجرایی (نه فقهی) خودداری می کنیم. چرا که این امر وظیفه اقتصاددانان می باشد. شاید از عواملی که باعث شده است در این نوع موضوعات میان رشته ای موفقیت قابل توجهی بدست نیاید خلط در این مساله است. گاه فقهای عظام در جایگاه یک کارشناس موضوع نشسته و به بیان راهکار در مساله پرداخته اند که خود موجب اعتراضات کارشناسانه از سوی علمای علم مربوط (مثل اقتصاد یا سیاست و یا پزشکی و...) شده است و گاه کارشناسان خود در جایگاه یک فقیه تلاش برای رفع اینگونه معضلات داشته اند!!! که اثرات سوء آن نیاز به بیان ندارد. پس آنچه صحیح به نظر می رسد آن است که فقیهان بیشتر به بیان چهارچوبها و ضوابط کلی فقهی و شرعی اکتفا نموده و تطبیق راهکار جدید با این ضوابط را به کارشناس بسپارند.

با این توضیح باید گفت که وظیفه فقیه بیان چهارچوبها و حدود و ضوابطی است که اقتصاددان (ویا هر کارشناس دیگر در حوزه ی تخصصی خود) از طریق آن بتواند یک برنامه ی مفید اقتصادی را بیان کند. در نتیجه وظیفه فقیه بیان کبریاتی است که بوسیله آن بتوان مسائل اقتصادی جدید را با ضوابط شرعی تطبیق داد نه اینکه تلاش فقیه در این باشد تا با ارائه سیستم اقتصادی این مشکل را حل بنماید.

مراد از راهکاری که در این رساله از بیان آن خودداری می شود همانطور که معلوم است راهکار اقتصادی است که وظیفه اقتصاد دان است و طراحی عملیات بانکی بر عهده اوست اما بیان یک راهکار

فقهی که اقتصاد دان بتواند از آن استفاده نماید همانطور که بیان گردید تحت عنوان کبریات در اختیار اقتصاددان قرار خواهد گرفت.

### ۱-۱-۱-۱- سوالات تحقیق

۱. چالش های فقهی عقد مضاربه در نظام بانکداری بدون ربا چیست؟
۲. چالش های فقهی عقد جعاله در نظام بانکداری بدون ربا چیست؟

### ۱-۱-۲- فرضیه های تحقیق

۱. عقد مضاربه و جعاله بانکی با اشکالاتی مانند صوری شدن مواجه است.
۲. فرضیه رقیب: قرارداد مشروع موجب جواز عمل است و اراده انشائی اشخاص مؤثر محسوب نمی-شود.

### ۱-۱-۳- سابقه پژوهش

تحقیقات علمای شیعه:

این مساله در بین فقها و اقتصاددانان و حقوقدانان اسلامی بسیار مورد توجه قرار گرفته است و آثار متعددی در این موضوع به رشته تحریر درآمده است. و لیکن تحقیقات موجود را می توان این گونه دسته بندی نمود تا وجه تمایز آنچه در قبل انجام شده است با آنچه در این تحقیق سعی بر انجام آن می باشد معلوم گشته و نیاز و اهمیت آن محرز گردد.

برخی از این تحقیقات به بررسی چالش های اجرایی و کاربردی بانکداری اسلامی از ناحیه اقتصادی پرداخته است و محققین محترم آن تلاش بر این دارند که میزان نارسایی عقود اسلامی را در سیستم بانکی بررسی و با بیان یک راهکار اقتصادی مناسب از این معضل تا حدودی بکاهند. البته در بیشتر این تحقیقات رویکرد کاربردی دیده نمی شود. از آنجا که هدف مولفان و محققان محترم بررسی عملیات بانکی بدون ربا است لاجرم در برخی از این تحقیقات به برخی از مباحث فقهی نیز اشاره شده است. استفاده این محققان از مسایل فقهی بیشتر به کتب فتوایی فقهی شیعه محدود بوده و مبنا را بر فتاوی فقهای معاصر قرار داده اند. پول، بانکداری و نهادهای مالی اثر احمد مجتهد که توسط پژوهشکده پولی و بانکی به چاپ رسیده است و یا پول و بانکداری اسلامی توتونچیان که بواسطه ی نشر توانگران منتشر شده است و مقالاتی مانند بانکداری اسلامی و چالش های نظری و عملی و راهکارها تالیف رضا اکبریان منتشر شده در شماره ۲۶ فصلنامه اقتصاد اسلامی و ارزیابی چالش های اجرایی بانکداری بدون ربا در کشور حسین میسمی که در شماره ۱۳۲ فصلنامه تازهای اقتصادی انتشار یافته، حساب داری تخصیص منابع (مضاربه، سرمایه گذاری و

اجاره به شرط تملیک) در بانکداری اسلامی اثر مهدی طغیانی که در شماره دوم نشریه معرفت اقتصاد اسلامی در سال ۹۲ انتشار یافته است، از جمله این تحقیقات است.

گروه دیگر از تحقیقات با رویکرد حقوقی به بررسی این چالش‌ها پرداخته است. دکتر محمود کاشانی از حقوقدانان معاصر سالهاست در این موضوع تحقیق می‌کند و آثاری را به صورت مقاله به چاپ رسانده است. یکی از مشهورترین مقالات وی که از تحقیقات مهم حقوقی در این موضوع به شمار می‌آید مقاله نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران که در مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی به چاپ رسیده است، می‌باشد. وی در این مقاله و مقالات مشابه خود تلاش بر این دارد تا با تفکیک بین ربا و بهره بانکی و نقد نارسایی‌های نظام بانکداری اسلامی همان سیستم بانکداری غربی را تایید و قابل اجرا در کشورهای اسلامی بداند. از دیگر آثار حقوقی که در این موضوع به رشته تحریر در آمده است می‌توان به حقوق بانکی محمود خاوری که توسط موسسه بانکداری اسلامی به چاپ رسیده و یا حقوق بانکی مسعودی که توسط نشر پیشبرد منتشر گردیده است، اشاره کرد.

گروه دیگر این تحقیقات با رویکرد فقهی تالیف گردیده است. مساله بانکداری اسلامی یکی از دغدغهای اصلی فقهای اسلامی در دوران معاصر بوده است. تا آنجا که که بدان دست یافته ایم آیت الله حسین حلی از اولین فقیهان شیعه می‌باشد که در این موضوع قلم زده است پس از او سایر فقها مانند محقق خویی در منهاج الصالحین و مرحوم سبزواری در جامع الاحکام الشرعیه و یا محمد امین بصری بطور پراکنده در کلمه التقوی به این مساله اشاره داشته‌اند. البته شاید بتوان شهید صدر را اولین فقیه شیعه دانست که بطور مستقل و مفصل این موضوع را مورد تحقیق قرار داده و برای حل این عویصه به بیان راهکار پرداخته است. شاگردان این فقیه شهید نیز به تبع استاد در این موضوع قلم زده که البته هیچ یک از این تحقیقات به تفصیل تحقیق استاد نمی‌باشد. به عنوان نمونه می‌توان به آثار آیت الله شاهرودی (فقه المضاربه و الاجاره و...) اشاره کرد. از دیگر آثار قابل توجه در این مسیر می‌توان به کتاب البنوک اثر فقیه معاصر آیت الله اسحاق فیاض و المعاملات المصرفیه شیخ عباس کاشف الغطاء و یا قسمتهایی از الربا فقهیا و اقتصادیا شیخ حسن جواهری و ماوراء فقه شهید محمد صدر که اختصاص به این موضوع دارد و بحوث فقیه معاصره شیخ بشیر نجفی و نیز کتاب بحوث فقیهیه هامه و بانکداری اسلامی آیت الله مکارم و جعاله در بانکداری اسلامی رسول مظاهری و یا بانکداری اسلامی جناب آقای موسویان اشاره داشت.

این تحقیقات عموماً به نقد بانکداری غربی و بیان راهکار برای حل مشکل ربا در بانکداری اسلامی منحصر می‌باشند و کمتر به مشکل چالشهای نظام بانکداری اسلامی پرداخته‌اند. کتاب طرح تحول نظام بانکی کاری از گروه اقتصاددانان اسلامی با مدیریت جناب آقای موسویان و همچنین مقاله نقد عملیات بانکی بدون ربا و ارائه الگوی جایگزین از همان محقق که در شماره ۲۵ فصلنامه اقتصاد اسلامی انتشار یافته است، مشهورترین تحقیق در این موضوع می‌باشد که در سالهای اخیر منتشر گردیده است. محققان محترم



(که جمعی از طلاب حوزه ی علمیه که با علم اقتصاد آشنا هستند می باشند) در این کتاب تلاش کرده اند که با بررسی و تحقیق جدید در چالش های عقود از تحقیقات موجود که توسط کارشناسان انجام شده نیز بهره تمام برده و می توان این کتاب را موسوعه ای در این موضوع دانست. تحقیق مذکور در سه بخش ۱- نقد و بررسی قانون فعلی و ارائه قانون پیشنهادی و ۲- نقد و بررسی الگوهای عملیاتی مطرح در عرصه بانکداری بدون ربا و ۳- پیوست های علمی تحقیقی، شکل گرفته است. از آنجا که این تلاش از اولین تحقیقات در این موضوع می باشد قابل تقدیر بوده لکن خالی از اشکال نیست و نیاز به تحقیق بیشتر در این زمینه وجود دارد. برخی از اشکالات این تحقیق روشن نبودن هدف مولفان در بررسی چالش ها است. گرچه رویکرد اصلی کتاب فقهی است ولی گاهی چالشها با رویکردی اقتصادی و گاهی فقهی بررسی شده است. ثانیاً درمباحث فقهی غور نشده و تحقیق دقیقی صورت نپذیرفته است. ثالثاً بیشتر تلاش برای ارائه راهکار بوده و نقد بطور دقیق صورت نپذیرفته است. و از همه مهمتر کلی بودن این تحقیق است یعنی هر یک از عقود بطور مجزا و مفصل و دقیق بدان پرداخته نشده است.

فقه المصارف و النقود اثر فقیه معاصر آیت الله سند از جمله تحقیقات کم نظیر معاصر است که با رویکردی کاملاً فقهی به بررسی چالش ها پرداخته است. این کتاب گرچه در سطح بالای فقهی تالیف شده است ولیکن از اشکالات قبل مانند عدم بررسی عقود بطور مجزا خالی نمی باشد.

در هر حال به نظر می رسد جای یک تحقیق مستقل در چالشهای نظام بانکداری اسلامی با مطالعه موردی بر روی قرار دادهای موجود خالی است زیرا در هیچ یک از تحقیقات موجود قراردادهای بانکی بطور مستقل و بند بند مورد بررسی و نقد فقهی قرار نگرفته است. تلاش در این رساله پر کردن این خلاء در حد توان است. لازم به ذکر است که استاد موسویان به عنوان یکی از محققین که خود در این موضوع صاحب تالیفات است نیاز به نگارش چنین تحقیق را ضروری میدانند.

#### تحقیقات علمای اهل سنت:

علمای اهل سنت که شاید در این موضوع پیشتاز بوده اند نیز چه از نگاه اقتصادی و چه فقهی تحقیقاتی در قالب کتاب و مقاله در این امر داشته اند که در زیر به برخی از آنها اشاره می گردد:

- معوقات عمل المصارف الاسلامیه و سبل المعالجه لتطویرها(مصطفی ناطق صالح)
- المصارف الاسلامیه فی مواجهه تحدیات الازمه المالیه العالمیه(مدحت کاظم القریشی)
- فجوة التوقعات بین الواقع والمأمول لدور المصارف الإسلامیه فی التنمية(سفیان عیسی حریز)
- المضاربات الشرعیة فی المصارف الإسلامیه وأثرها علی التنمية الاقتصادیة(بالتطبیق علی المملکة العربیة السعودیة) أبوبکر هاشم أبوبکر أبوالنیل
- تقييم العلاقة بین المصرف المركزي والمصارف الإسلامیه فی سوريا من منظور اقتصادي إسلامي(محمد عمر حسین الخلف)
- المضاربه الشرعیة و تطبیقاتها الحدیثه(حسن الامین)

- احتساب الربح فی المضاربه والمشاركه (سمیر الشاعر)
- العقود الشرعیه فی المعاملات المالیه المصرفیه "المرابحه، المضاربه": دراسه مقارنه (محمود محمد حسن)
- عقد المضاربه فی الفقه الإسلامی و مدى تطبیق أحكامه فی المصارف و بیوت التمویل الإسلامیه (الرمانی، زید محمد)
- و هم چنین می توان از تحقیقاتی چون تحقیق کر بهری، یوسف و همکاران ( Karbhari, Yusuf, 2004 ) که مشکل ها و چالش های نظام بانکداری اسلامی در غرب را با مطالعه موردی انگلستان مورد بررسی قرار داده است.
- و نیز تحقیق هارون، سودین و همکارانش (Haron, Sudin, 2004) که چشم اندازها و چالش های بانکداری اسلامی در تایلد را بررسی نموده است، اشاره کرد.
- المعاملات المصرفیه رفاعی از محققین اهل سنت
- المضاربه که توسط المعهد العالمیه الاسلامیه منتشر گردیده است نیز از دیگر آثار تدوین یافته ی در این حوزه می باشد.
- بحوث فی قضایا الفقهیه المعاصره (محمد تقی العثماني) در بخش هایی از این تحقیق به بررسی مضاربه بانکی پرداخته شده است.
- المضاربه و تطبیقها العلمیه فی المصارف الاسلامیه (محمد عبد المنعم ابو زید)
- المضاربه الشرعیه و تطبیقها الحدیثه (الامین، حسن)

#### ۱-۴-۱- روش تحقیق

روش تحقیق، کیفی (توصیفی، تحلیلی) و روش گردآوری اطلاعات، اسنادی - کتابخانه ای است. در این پژوهش با مراجعه به منابع متقن و مستدل موجود در کتب و مقالات و نرم افزارها اطلاعات لازم گردآوری شده و با بررسی و تحلیل اطلاعات حاصل شده نتیجه مورد نظر ارائه خواهد شد.

#### ۱-۲-۱- العقود تابعه للقصد

##### ۱-۲-۱-۱- مراد از قاعده

برخی چند احتمال در معنای قاعده بیان کرده اند:

اول آنکه مراد آن است که عقد بدون قصد محقق نمی شود پس عقد غافل و ساهی و... اعتبار نخواهد داشت. پس مراد از تبعیت عقود عدم تحقق عقد بدون قصد است.

اما در حالت عکس یعنی اینکه آیا هر جا قصد باشد عقدی محقق می شود یا خیر، خود دو معنا دارد:

۱- جنس قصد طوری است که مستلزم عقد می گردد این مسلم باطل است.

۲- اگر قصد به شی ای تعلق گرفت آن شی قطعاً محقق خواهد شد یعنی قصد موجب تاثیر در عقد می شود. پس در واقع مراد این است که هر آنچه در عقد قصد شود عقد تبعیت از آن خواهد نمود.

دوم اینکه عقد چیزی است که نیاز به موجب و قابل و عوض و معوض دارد بعد از حصول این ارکان عقد اثر خود را خواهد گذاشت پس اثرات این عقد مثل تملیک و... یا سایر اثرات مثل فوریت یا تراخی و... با قصد معین می گردد.<sup>۱</sup>

بنابر این باید مراد از قاعده را در واقع این دانست که بر عقد آن چیزی مترتب می شود (از آثاری که ممکن است بر آن مترتب گردد). که متعاقدين قصد کرده باشند.<sup>۲</sup>

برای تبیین این قاعده لازم است همانگونه که برخی از حقوقدانان بیان داشته اند مقدمه ای ذکر گردد: انسان در اثر تحریکات اعصاب دماغی گاه امری را تصور مینماید (خواه آن تحریک عصبی در اثر عمل یکی از حواس پنج گانه باشد، چنانکه چیزی را دیده و یا شنیده است و خواه بخودی خود صورت شیئی در خیال پیدایش بیابد) سپس بدان میل پیدا می کند. پس از برتری داشتن منافع آن بر مضارش، اشتیاق بایجاد ملکیت آن پیدا می گردد. این اشتیاق بایجاد را رضا گویند.

پس از فراهم آوردن مقدمات، طرفین تصمیم بمعامله میگیرند و آن را ایجاد مینمایند. ایجاد این امر متصور را قصد انشاء گویند. قصد انشاء امر معنوی و روحی است بدین جهت از آن باراده حقیقی تعبیر میشود. در عقد آنچه موضوع قصد قرار میگیرد همان موضوع رضا است.<sup>۳</sup>

در هر نوع از عقود چیزی که اراده بایجاد آن تعلق میگیرد و موضوع قصد و رضا میباشد امر مخصوصی است، چنانکه در بیع ملکیت عین و در نکاح زوجیت و در اجاره ملکیت منافع است. آنچه در صفحه دماغ انسانی در اثر تحریکات عصبی بصورت قصد انشاء موجود میشود اراده حقیقی نیز گویند. برای تحقق عقد، اراده حقیقی کافی نمیشد و احتیاج بامر دیگر دارد که دلالت بر قصد انشاء کند و آن را اراده انشائی یا خارجی گویند بنابراین برای انعقاد عقد باید اراده حقیقی بوسیله اراده انشائی و خارجی اعلام گردد.<sup>۴</sup>

فقها نیز بر این نظرند از آنجا که عقود از امور قلبی است (زیرا که عقد قبلاً به عهد موکد معنا شد. و عهد نیز یک امر قلبی است) نیازمند مبرز خواهد بود.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، همان، ج ۲، ص ۴۹

<sup>۲</sup> تراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، همان الف، ص ۱۵۹

<sup>۳</sup> ر.ک. امامی، حسن، همان، ج ۱، ص ۱۸۰

<sup>۴</sup> همان

<sup>۵</sup> بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، همان، ج ۳، ص ۱۳۵

ماده ۱۹۱ قانون ماده نیز آمده است: عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

علمای اصول نیز اراده را به دو اراده استعمالی و حقیقی تقسیم نموده اند. مدلول استعمالی در نگاه آنان همان استفاده ابزاری از الفاظ برای اخطار معنای لغوی آن به ذهن سامع است در مقابل مدلول جدی که قصد جدی اخبار و یا انشاء است. با این بیان ممکن است متکلم قصد اخطار معنای لفظ را به ذهن مخاطب (یعنی استعمال لفظ را در معنایش) داشته باشد ولیکن به قصد امتحان یا توریه و... نه به قصد جدی انشاء یا اخبار که در موارد تقیید و تخصیص و تقیه و شوخی و امثال آن، مراد استعمالی محفوظ است و مراد جدی تغییر می کند. باید گفت که مرحله استعمال مرحله کشف مدلول تصدیقی و قصدی متکلم برای سامع است.<sup>۱</sup>

با توجه به این مطلب هر فرد در حین انشاء عقد دو اراده خواهد داشت یک اراده استعمالی و ظاهری که انشاء می کند و دیگری اراده حقیقی و جدی. این دو اراده گاه با یکدیگر تطابق دارند و گاه متفاوت می باشند و نیز چه بسا اراده استعمالی موجود در عقود فاقد اراده حقیقی باشد از این روی اعظم فقهای شیعه از آنجا که قصد را شرط صحت عقود می دانند عقد غافل و نائم و هازل را لغو دانسته و فاقد اعتبار می دانند.<sup>۲</sup> در ماده ۱۹۵ قانون مدنی آمده است: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله بواسطه فقدان قصد باطل است».

با این توضیحات می توان این اینگونه نتیجه گرفت از آنجا که مراد از عقد عهد موکد بوده و عهد یک امر درونی است بنابراین نیازمند یک مبرز و انشا برای تحقق در خارج است. حال گاهی مستعمل قصد جدی و حقیقی از استعمال خود دارد و گاهی قصد جدی نداشته و گاهی قصد جدی او همان متبادر ذهن مخاطب نمی باشد. مراد از این قاعده این است که ملاک و مدار عقد همان قصد متعاقدين می باشد.

#### ۱-۲-۲- مدرک قاعده

با توضیحاتی که در مراد از قاعده بیان گردید می توان اصلی ترین مدرک را بنا و سیره عقلای عالم دانست. اینکه وضع الفاظ بر معانی نیازمند اراده است یا خیر با توجه به مبانی متخذ در وضع (تعهد، اعتبار و قرن اکید) متفاوت می باشد اما نیاز به اراده در مقام استعمال امری انکار ناپذیر است. از آنجا که حقیقت استعمال در نگاه علمای اصول ایجاد المعنی باللفظ و افنای لفظ در معنا می باشد،<sup>۳</sup> استعمال نیازمند اراده و قصد می باشد. پس هرگاه متعاقدين اراده استعمال لفظ را در معنا داشتند باید اراده و قصد معنای آن یعنی

<sup>۱</sup> هاشمی شاهرودی، سید محمود، درسنامه اصول فقه الف (قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت ع، چاپ اول، ۱۳۹۱) ج ۱، ص ۲۲۳

<sup>۲</sup> عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ب (قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ ق) ج ۳، ص ۲۲۷

<sup>۳</sup> آخوند خراسانی. محمد کاظم بن حسین، همان ب، ج ۱، ص ۷۷، نائینی، محمد حسین، فوائد الأصول ب (قم: چاپ اول، ۱۳۷۶ ش) ج ۲، ص ۵۱۷