سی‌وچهارمین همایش بانکداری اسلامی: طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران
۲۰ و ۲۱ شهریور ماه ۱۴۰۳، صص. ۲۴۷-۲۳۱

بررسی فقهی شرایط تبدیل عقود اسلامی به یکدیگر در نظام بانکداری بدون ربا

علی غضنفری[۱]
محمدرضا راضی[۲]

چکیده

در نظام بانکداری بدون‌ربا، بانک‌ها تخصیص منابع خود را در قالب عقود اسلامی به انجام می‌رسانند که خود به دو دسته عقود مشارکتی و عقود مبادله‌ای تقسیم می‌شود. در عقود مشارکتی، ماهیت تعامل، مشارکت است. از این‌رو، متعاقدین با آورده‌ای مشخص، در کاری معین، به فعالیت اقتصادی مشروع و مقبولی پرداخته و در پایان، براساس توافقی از قبل تعیین شده در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند. اما در عقود مبادله‌ای، انتقال کالا/خدمات صورت گرفته و تعیین سود از ابتدا انجام خواهد شد. با این وصف، هر عقدی کاربرد ویژه مخصوص به خود دارد و در جهت رفع نیازی مشخص به‌کار برده می‌شود. اما در نظام بانکداری کشور بعضاً مشاهده می‌شود که بانک‌ها به‌خاطر کسب سود بالاتر، نسبت به تبدیل عقود به یکدیگر اقدام می‌کنند یا با اعمال شروط ضمن عقد، تغییراتی در ماهیت عقود اسلامی به‌وجود می‌آورند. پژوهش پیش‌رو قصد دارد با استناد به اصول و قواعد فقهی، جمع‌آوری کتابخانه‌ای آرا و نظریات فقهای متجزی فقه معاملات بانکی و با روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی فقهی و امکان‌سنجی شرعی تبدیل عقود اسلامی به یکدیگر بپردازد. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که تغییر ماهیت عقود توسط بانک‌ها به‌منظور تضمین سود سرمایه و همچنین، بهره‌مندی از سود بیشتر، که از طریق شروط ضمن عقد یا تغییر عنوان و محتوای عقود صورت می‌پذیرد، با اصول و قواعد فقهی ناسازگار بوده و نیز از منظر اخلاق دینی، نوعی کژمنشی اخلاقی (Moral Hazard) به‌حساب می‌آید.

واژه‌های کلیدی: عقود اسلامی، بانکداری بدون‌ربا، فقه معاملات بانکی

---

[۱] دانشیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم؛ ali@qazanfari.net

[۲] کارشناس ارشد علوم قرآن و حدیث، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، (نویسنده مسئول)؛ rezarazi1362@yahoo.com

مقدمه

هر چند از منظر اسلامی، بانک به‌عنوان یک مؤسسه انتفاعی در اسلام و در هیچ‌یک از جوامع بشری به‌صورت نظام‌مند کنونی وجود نداشته، ولی از صدر اسلام، معاملاتی شبیه به آنچه در بانک انجام می‌گیرد، در جامعه جریان داشته است. (عبدالعزیز نجار: ۱۳۶۸) عملیات بانکداری، با حدود ۲۸۰۰ سال سابقه، ممکن نیست منحصر به غرب باشد. (صدقی: ۱۳۹۲) عملیات اصلی بانکی، مانند مبادله به کمک چک، بیشتر در شرق متداول بوده و حتی کلمه چک، واژه فارسی است که با همین تلفظ به فرهنگ غرب راه یافته است. (بهمند و بهمنی: ۱۳۷۱) بانکداری اسلامی را مدل اصلاح شده بانکداری متعارف دانسته‌اند که در آن روابط و مناسبات بانکی، سازگار با شریعت اسلام تنظیم می‌شود. (حاجی هاشمی ورنوسفادرانی و توحیدی: ۱۴۰۳) بانکداری اسلامی در پی آن است که در همه موازین بانکی، ربا، قمار، غَرَر، ضرر، ظلم و ... را حذف کند و همچنین، عدالت و کارایی را در عملیات بانکی –چه در حوزه تخصیص و چه در حوزه تجهیز– اجرا کند. اما بانکداری بدون‌ربا صرفاً در پی حذف ربا در مبادلات و معاملات بانکی است. از این‌رو، بانکداری اسلامی مفهومی گسترده‌تر و آرمانی‌تر از بانکداری بدون‌ربا دارد. (موسویان: ۱۳۸۵) در فقه اسلامی برخی از قواعد فقهی به حوزه معاملات مربوط می‌شود. بدون شناخت و استفاده صحیح از این قواعد نمی‌توان به نظام بانکی و ابزارهای مالی سازگار با روح و اهداف شریعت اسلام در حوزه اقتصاد دست یافت. (نظرپور و ملاکریمی: ۱۳۹۵) نظام بانکداری بدون‌ربا متشکل از نهادهایی است که وجه تمایز آن‌ها با بانکداری متعارف، عقود آن بوده که به تمایز در سازوکارها و فرایندهای عملیاتی این بنگاه مالی منجر می‌شود. (عبدالهی و موسویان: ۱۳۹۲) در این نظام، بانک‌ها تخصیص منابع خود را در قالب عقود اسلامی به انجام می‌رسانند که خود به دو دسته عقود مشارکتی و عقود مبادله‌ای تقسیم می‌شود. در عقود مشارکتی، ماهیت تعامل، مشارکت است، از این‌رو، متعاقدین با آورده‌ای مشخص، در کاری معین، به فعالیت اقتصادی مشروع و مقبولی پرداخته و در پایان، براساس توافقی از قبل تعیین شده در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند. اما در عقود مبادله‌ای، انتقال کالا/خدمات صورت گرفته و تعیین سود از ابتدا انجام خواهد شد. با این وصف، هر عقدی کاربرد ویژه مخصوص به‌خود دارد و در جهت رفع نیازی مشخص به‌کار برده می‌شود. اما در نظام بانکداری کشور بعضاً مشاهده می‌شود که بانک‌ها به‌دلیل کسب سود بالاتر، نسبت به تبدیل عقود به یکدیگر اقدام می‌کنند یا با اعمال شروط ضمن عقد، تغییراتی را در ماهیت عقود اسلامی به‌وجود می‌آورند. پژوهش پیش‌رِو قصد دارد با استناد به اصول و قواعد فقهی، از طریق جمع‌آوری کتابخانه‌ای آرا و نظریات فقهای متجزی فقه معاملات بانکی و با روش توصیفی–تحلیلی، به بررسی فقهی و امکان‌سنجی شرعی تبدیل عقود اسلامی به یکدیگر بپردازد.

بیان مسأله و اهمیت موضوع

متأسفانه، در حال حاضر در اکثر موارد، کارمندان و مدیران بانکی درک مشخصی از رابطه شرعی و حقوقی فرد با بانک در عقود مختلف ندارند و نقل و انتقال وجوه تنها به امضای چند قرارداد محدود شده است. نظام بانکی بدون ربای ایران با توجه به‌ویژگی‌های خاص آن، به‌طور نسبی با ریسک‌های عدم‌انطباق عملیات با قوانین و مقررات شرعی (Sharia Compliance Risk) روبه‌روست. یکی از مهم‌ترین عللی که باعث افزایش این ریسک در نظام بانکی بدون ربا ایران می‌شود، عدم‌تخصص کافی و آموزش مناسب کارکنان بانکی ایران در اجرای عقدهای اسلامی است. (ابوالحسنی و حسنی‌مقدم: ۱۳۸۷) عقود در بانکداری اسلامی به‌شکل مطلوب و کامل مورد استفاده قرار نگرفته و درک مناسبی از کاربرد ویژه هر عقد وجود ندارد. با این وصف، عدم‌رعایت شرایط خاص عقود، اعتماد و اطمینان به نظام بانکی را کاهش خواهد داد. (محمدلو: ۱۳۹۹) یکی از مهم‌ترین ریسک‌های موجود در این خصوص، کژمنشی‌های اخلاقی (Moral Hazard) بانک‌ها در بی‌توجهی به ماهیت و کارکردهای مختصِ هر عقد شرعی است. اخیراً، بانک‌ها به‌دلیل کسب سود بالاتر، نسبت به تبدیل عقود به یکدیگر اقدام می‌کنند یا با اعمال شروط ضمن عقد، تغییراتی را در ماهیت عقود اسلامی به‌وجود می‌آورند. این موضوع با توجه به اهمیت نظارت شرعی بر بانک‌ها و پایش میزان انطباق عمکرد آن‌ها با اصول و موازین شریعت، بسیار حائز اهمیت است. این انحراف‌ها تا آنجا پیش رفته که به تغییر ماهیت عقود انجامیده، به‌طوری که برخی از بانک‌ها بروشورهایی با عناوینی همچون «مشارکت مدنی در خرید مواد اولیه» چاپ می‌کنند یا تسهیلات خرید خودرو را طوری طراحی می‌کنند که براساس عقد مشارکتی، سود بالاتر از عقود مبادله‌ای از مشتری طلب شود. این در حالی است که خرید مواد اولیه و خرید خودرو در زمره عقود مبادله‌ای به‌شمار می‌رود. بررسی‌های میدانی نشان‌دهنده این موضوع است که بانک‌ها دست به تغییر ماهیت عقود زده‌اند و آنچه تا پیش از این باید در قالب عقود مبادله‌ای عرضه می‌کردند، حالا در قالب عقود مشارکتی عرضه می‌کنند که نرخ سود در آن سقفی ندارد. از این‌رو، لازم و بایسته است به واکاوی امکان و شرایط تبدیل عقود اسلامی به یکدیگر به‌صورت تخصصی و از منظر فقه اسلامی پرداخته شود.

پیشینه تحقیق

پژوهش‌هایی چند درخصوص ماهیت و کارکردهای عقود اسلامی در بانکداری بدون ربا به انجام رسیده که اهم آن‌ها پژوهش‌هایی است با عناوین «میزان شناخت از عقود بانکداری اسلامی» توسط محمد پورغلامرضایی و همکاران (۱۴۰۰)، «تأثیر بطلان و انحلال عقد بر شرط ضمن آن» توسط

قاسم محمدی و همکاران (۱۴۰۱) و «تغییر تدریجی ماهیت عقد طی اجرای تعهد قراردادی» توسط احمد شریفی (۱۴۰۰) که در آن‌ها به‌ترتیب به موضوعات زیر پرداخته شده است.

۱- کارکنان و مدیران بانکی چه میزان نسبت به عقود اسلامی شناخت و آگاهی دارند؟

۲- بررسی تأثیر شروط ضمن عقد بر بطلان یا انحلال عقود شرعی؛

۳- علل و چگونگی تغییر ماهیت عقود اسلامی در نظام‌های حقوقی و مالی.

پس از واکاوی پژوهش‌های مرتبط گذشته، ملاحظه شد که در هیچ‌یک از پژوهش‌های صورت گرفته به بروز ریسک عدم انطباق با قوانین شرعی از طریق دستکاری عامدانه در ماهیت عقود توسط بانک‌ها (به‌منظور تضمین سود سرمایه و همچنین، بهره‌مندی از سود بیشتر که از طریق شروط ضمن عقد یا تغییر عنوان و محتوای عقود صورت می‌پذیرد)، اشاره نشده است. بنابراین، تحقیق پیش‌رو از این حیث، نو و بایسته بوده و موضوعات مورد بحث در این تحقیق، در پژوهش‌های گذشته مورد توجه قرار نگرفته است.

مبانی نظری و ادبیات تحقیق

مفهوم‌شناسی عقود اسلامی در بانکداری بدون‌ربا

عقد در لغت به‌معنای «گره زدن» و «بستن» است، اما در شرع و حقوق، معنای این واژه، «قرارداد» و «پیمان بستن» است. به‌بیان دیگر، به قراردادی که موضوع آن ایجاد تعهد باشد، عقد گفته می‌شود. (راغب اصفهانی: ۵۰۲ هـق.) بر همین اساس، به قالب‌هایی که اسلام برای روابط حقوقی افراد تعیین کرده، عقود اسلامی می‌گویند. عقود در بانکداری اسلامی نیز مبتنی بر قالب‌های تعریف شده برای معاملات و مبادلات مالی در اسلام، طراحی شده است. عقود اسلامی یا عقود شرعی در فقه به قرارداد دوسویه گفته شده است. (شاهرودی: ۱۳۸۷) آیت‌الله غروی اصفهانی آن را پیمان‌های دوطرفه دانسته است. (حائری: ۱۴۲۳ هـق.) آیت‌الله خوئی نیز عقد را پیمانی بی‌قید و شرط و محکم تعریف کرده است. (خوئی: ۱۴۱۷ هـق.) این پیمان‌ها شامل روابط مالی و غیر مالی می‌شود. (شهید اول: ۷۸۶ هـق.)

عقود مشارکتی

عقد مشارکتی، عقدی است که در آن، نرخ سود ثابت نیست و سود صرفاً به‌صورت درصدی مشخص شده است. (دادگر و فیروزان سرنقی: ۱۳۹۱) در این عقود، طرفین قرارداد در سود و زیان شریک می‌شوند. (موسویان: ۱۳۸۵) عقود مشارکتی، عقودی چون مضاربه، شرکت، مزارعه و مساقات است

(همان) که در دو جهت تخصیص و تجهیز منابع به‌کار گرفته می‌شوند. (شعبانی: ۱۳۹۲) به گفته احمد شعبانی، عقود مبتنی بر مشارکت برای بانکداری اسلامی با هزینه‌های اضافی همراه است که امکان دارد عملاً این بانک‌ها در رقابت با سایر بانک‌ها مغلوب باشند. چرا که این بانک‌ها باید هزینه‌های زائدی در جمع‌آوری اطلاعات و ارزیابی پروژه‌ها بدهند. (همان) از این‌رو، برخی از بانک‌ها به‌خاطر کاهش هزینه‌های خود، نسبت به تبدیل عقود به یکدیگر اقدام می‌کنند یا با اعمال شروط ضمن عقد، تغییراتی در ماهیت عقود اسلامی به‌وجود می‌آورند. البته، گاهی نیز به‌دلیل بالاتر بودن سود عقود مشارکتی نسبت به‌عقود مبادله‌ای، جابه‌جایی برعکس انجام می‌گیرد.

عقود مبادله‌ای

دسته‌ای از عقود بانکی هستند که ماهیت تملیکی دارند و در آن‌ها می‌توان نرخ ثابت سود را تعیین کرد. (دادگر و فیروزان سرنقی: ۱۳۹۱) به این معنا که در عقود مبادله‌ای، بانک در ازای پرداخت کمک هزینه مالی، می‌تواند درصد ثابت و قطعی سود خود را به‌شکل منظم (غالباً ماهیانه) از حساب مشتری کسر کند. فروش اقساطی، جُعاله، سلف و اجاره به‌شرط تملیک از این دست عقود هستند. (همان) برای نمونه، در جُعاله، بانک، هم می‌تواند در جایگاه عامل باشد و هم نقش جاعل را ایفا کند. طبق این عقد، یک طرف (عامل) متعهد به انجام دادن کاری در قبال مبلغی معین (جُعل) می‌شود که طرف مقابل (جاعل) می‌پردازد. در این قرارداد، بانک می‌تواند به‌عنوان نهاد حقوقی طی عقد جعاله دیگری، کار را به‌افرادی بسپارد و خود صرفاً ناظر بر عملیات باشد. (شعبانی: ۱۳۹۲)

تغییر ماهیت عقود از طریق اعمال شروط ضمن عقد

درخصوص کاربرد ویژه شروط ضمن عقد در نظام بانکی و عقود اسلامی، بدیهی است در هر عقدی مجموعه اصولی وجود دارد که در ضمن آن اصول، شروطی اعمال می‌شود. حال از منظر فقهی، برخی از این شروط صحیح و برخی محل اشکال است. شروط ناصحیح، شروطی است که با قرآن کریم یا احکام شرع مغایر باشد. برای نمونه، شرط ربا در معامله به واسطه حرام بودن ربا از منظر شرع مقدس، حرام تلقی شده و معامله را باطل می‌کند. (یوسفی شیخ رباط: ۱۳۹۲) در حقیقت، با شرط نمی‌توان ذات و اصول مسلم عقود را تغییر داد. بنابراین، درخصوص مسأله تغییر ماهوی عقود توسط شرط ضمن عقد باید گفت: هر عقدی برای خود یک ذات و اصول مسلم دارد. برای نمونه، وقتی در مورد معامله بیع صحبت می‌کنیم، معامله بیع دو طرف دارد و اتفاقی که در این عقد می‌افتد، انتقال مالکیت است. به

این معنا که شخصی که کالای «الف» را می‌فروشد، با فروش آن، کالای «الف» ملک شخص خریدار می‌شود. در طرف مقابل نیز وقتی خریدار بابت کالا مبلغی را پرداخت می‌کند، فروشنده مالک آن پول یا مبلغ پرداختی می‌شود. (همان) بنابراین، وقتی انتقال مالکیت، جزء ذاتی عقد بیع است، نمی‌توان شرط کرد که فروش کالا، مالکیت را برای خریدار به‌همراه نیاورد و خریدار مالک کالای خریداری شده نشود. چرا که این شرط مخالف صریح ذات عقد بیع است. همان‌طور که عنوان شد، عقد بیع بر مبنای انتقال مالکیت استوار است و کسی که عدم انتقال را شرط کند، عملاً ماهیت بیع را زیر سؤال برده است. از این‌رو، شروط تغییردهنده ماهیت عقد، از اساس باطل است.

شرایط صحت اعمال شروط ضمن عقد

به‌لحاظ فقهی، شروطی صحیح است که منافاتی با اصل عقد و شرع مقدس نداشته باشد. مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب و همچنین سایر علما، مسایل مربوط به‌شروط ضمن عقد را بیان کرده‌اند که کدام شروط صحیح و کدام باطل است. پس، صحت شرط ضمن عقد منوط به عدم مغایرت با احکام دین و نیز عدم تغییر ماهوی در عقد مورد توافق طرفین است. باید توجه داشت که شرط ضمن عقد در عقود، امر مقبول و جایز است، مگر این‌که ماهیت آن را تغییر دهد. مؤلف کتاب کلیات اقتصاد اسلامی درخصوص سازوکار تعریف شده در سیستم بانکی کشور در جهت استفاده از شروط ضمن عقد می‌گوید: اتفاقی که در سیستم بانکی ما رخ داده، براساس شرطِ باطل است. برای نمونه، در مضاربه یا سایر عقود، یک سری شروطی را بیان می‌کنند که ادعا می‌شود این فعل در معامله حرام نیست و با ذات عقد مورد نظر هم منافاتی ندارد. دلیل مخالفت برخی علما و صاحب‌نظران عرصه بانکداری اسلامی که به انحای مختلف با شروط ضمن عقد مخالفت می‌کنند، از این جهت است که این شروط از سوی سیستم بانکی به‌حدی در عقود تغییر ایجاد کرده که ماهیت آن را زیر سؤال برده است. در عقود مشارکتی، تحت شرایطی می‌توان تضمین ضرر کرد، اما نباید یکسویه باشد. برای نمونه، در عقد مضاربه که در آن طرفین باید در سود و زیان شریک باشند (PLS)[1]، تحت شرایطی می‌توان شخص مضارب را نسبت به خسارت وارده بیمه کرد که مثلاً اصل سرمایه در هر صورتی به شخص مضارب برگردانده شود. اما در این مورد نیز عملاً شرط می‌شود، به‌گونه‌ای که تحت هر شرایطی شخص عامل مجبور است که اصل و سود را بپردازد و در دیدگاه این افراد، این شرط با ماهیت مضاربه منافات دارد. مضاربه یک عمل دوسویه است، به این معنا که ما در سود و زیان شریک باشیم. هر چند تحت شرایطی می‌توان تضمین

[1] Profit and Loss Sharing

ضرر را هم کرد، اما این‌که تحت هر شرایطی، عامل باید هم اصل پول و هم سود را بپردازد، این با ماهیت مضاربه منافات دارد. ماهیت عقدی که مضاربه است و مبنایش مشارکت در سود و زیان است، نباید به بیع تبدیل شود و این در حالی است که بانک‌ها عملاً آن را به چیزی شبیه به بیع تبدیل کرده‌اند و نظام بانکی ما نسبت به عقود مشارکتی نیز همین روال غلط را در پیش گرفته است. انتقادهای صورت گرفته به شروط نیز به‌همین علت است که ماهیت عقود مشارکتی نظیر مضاربه به عقود مبادله‌ای تبدیل شده است و الباقی تفاوت‌ها صوری است. (احمدی: ۱۳۹۰)

تبدیل غالب عقود به‌عقد مرابحه

توجیه فعلی نظام بانکی درخصوص عقد مرابحه این است که این عقد از این ظرفیت برخوردار است که جایگزین سه عقد فروش اقساطی، جعاله و مضاربه شود و از این مسیر امکان ساده‌سازی معاملات بانکی و اجرای بهتر بانکداری بدون‌ربا را فراهم می‌سازد. واضح است که بین مرابحه و فروش اقساطی تفاوت‌های مهمی وجود دارد. نخست، مرابحه از لحاظ موضوع، دامنه کاربرد و نیز تنوع در شیوه‌های پرداخت، جامع‌تر و کامل‌تر از فروش اقساطی است. دوم، شیوه پرداخت در فروش اقساطی، عموماً اقساطی و تدریجی است. در حالی که مرابحه، سایر شیوه‌های پرداخت در عقد بیع (اعم از بیع نقدی، بیع نسیه دفعی و بیع نسیه اقساطی) را نیز در بر می‌گیرد و از این لحاظ جامعیت بیشتری دارد. باید اذعان کرد که لزوم رعایت این دو شرط شرعی در قرارداد مرابحه در «طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران» مغفول مانده و زمینه را برای تقویت شبهه ربا فراهم کرده است. چرا که حق اختیار مشتری در مورد انصراف از خرید کالا از وی سلب شده است. در واقع، در مرابحه بانکی، پیش از انجام دادن بیع مرابحه، مشتریان نمی‌توانند از خرید کالا انصراف بدهند. (معصومی‌نیا: ۱۳۹۷) همچنین، اگر کالا تلف شد، جبران آن از طریق اخذ وثایق و ضمانت برعهده خریدار گذاشته شده است. گستره استفاده از ابزار مرابحه وکالتی به‌عنوان جایگزین سایر عقود بانکی نیز زمینه را برای تخلف مشتریان و صوری شدن این قرارداد فراهم آورده است، زیرا بانک، تسهیلات مورد نیاز مشتریان را در قالب کارت اعتباری در اختیار مشتری قرار می‌دهد. مشتری نیز به وکالت از بانک، نخست کالا را برای بانک می‌خرد و سپس همان کالا را به خودش می‌فروشد. ممکن است در این فرض، مشتری از طریق تبانی با فروشندگان کالا از خرید واقعی کالا امتناع کند و قرارداد را به‌شکل صوری انجام دهد. (یوسفی: ۱۳۹۱)

از سوی دیگر، مسئولان بانکی قائل بر این هستند که مرابحه می‌تواند جایگزین جعاله شود. زیرا جعاله جهت خرید خدمات مورد استفاده واقع می‌شود و مرابحه به‌دلیل عام بودن، کلیه کالاها و خدمات را

پوشش می‌دهد. در پاسخ به‌این ایراد باید گفت که شمول قرارداد مرابحه نسبت به انتقال اعیان مسلم است، اما شمول آن نسبت به فروش منافع یا خدمات که در عرف به‌صورت بیع مطرح است، از دیدگاه فقهای شیعه محل اختلاف است. برخی از فقها مانند شیخ انصاری، صاحب جواهر و آیت‌الله خوئی، صدق بیع بر چنین معاملاتی را انکار و تکلم عرف را بر تسامح حمل می‌کنند و معتقدند مقصود عرف، انتقال منافع در قالب اجاره یا جعاله بوده یا نوعی مصالحه است. درخصوص این ادعا که «به‌دلیل آن‌که در عقد مضاربه بر خرید و فروش و تجارت تأکید می‌شود، می‌توان از عقد مرابحه جهت انجام دادن این کار استفاده کرد. پس، عقد مرابحه از ظرفیت جایگزینی عقد مضاربه نیز برخوردار است»، باید گفت: در عقد مرابحه که از عقود مبادله‌ای است، تعین سود از ابتدا صورت خواهد گرفت، اما در مورد مضاربه، راهکاری که سود قطعی را تضمین کند و تمام ضرر را برعهده عامل قرار دهد، مشکل است. استاد خوئی در ذیل مسائل باب مضاربه می‌فرماید که شرط خسارت برعهده عامل در ضمن عقد مضاربه، اشکال داشته و خلاف عقد مضاربه است. اما اگر شرط شود که در صورت خسارت بر سرمایه، عامل، موظف است این خسارت را از جیب خود جبران کند، اشکالی ندارد. (تفاوت بین این دو شرط با دقت در تفاوت بین شرط فعل و شرط نتیجه روشن می‌شود.) مسأله دیگر در مورد عقد مضاربه، کیفیت محاسبه سود است. در فقه، معیار محاسبه خمس بر کسر مشاع از سود حاصله است، اما در بانک‌ها یا رقم معینی را به‌عنوان سود تعیین می‌کنند یا کسری از اصل سرمایه را به‌عنوان سود محاسبه می‌کنند. صاحب عروه می‌فرماید که تعیین مقدار سود به‌شرطی که سود بیش از آن مقدار تعیین شده باشد و برای عامل، حصه‌ای از سود باقی بماند و علم به سود زائد وجود داشته باشد، اشکالی ندارد. به‌بیان دیگر، در مضاربه، تعیین کسر مشاع از سود، اهمیتی ندارد، بلکه عمده آن است که در مجموعِ مضاربه، نفعی برای مالک و عامل حاصل شود، خواه آن‌که به کسر مشاع معین شود و خواه آن‌که رقم معینی به‌عنوان سود مطرح شود. سید استاد، ذیل این مسأله عروه اشکالی نکرده و برخی نیز تعیین رقم معین به‌عنوان سود را مشکل می‌دانند.

بروز غرر با تبدیل عقود به یکدیگر

اهل لغت برای غرر معانی متعدد ذکر کرده‌اند مانند غفلت، خدعه، خطر، انجام دادن کاری که در آن ایمنی از ضرر نیست، چیزی که مورد تعهد و اطمینان نیست، آنچه ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند دارد و به احتمال قوی، هیچ‌یک معنای حقیقی غرر نیستند. برخی توضیحِ معنای حقیقی، برخی بیان لازمِ دائم، برخی لازم غالب و برخی بیان مصداق هستند. با توجه به موارد استعمال واژه غرر، معنای

نزدیک به آن، معنای خدعه است که لازمِ دائم آن غفلت، لازمِ غالب آن خطر و مصداق آن، چیزی است که ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند دارد. (اصفهانی: ۱۴۳۱ هـق.)

تفسیر «غرر» به «غرری» که در عبارت فقیهان آمده (البیع الغرری)، به قرینه احتیاج دارد که در مقام نیست. چیزی که در تبیین نوع اضافه بیع به غرر می‌توان پذیرفت، این است که بگوییم از باب اضافه بیع به مبیع است مانند اضافه بیع به ثمار یا ثمره. بنابراین، مقصود از غرر چیزی است که بیع به آن تعلق گرفته، یعنی فروش چیزی که در آن غرر هست و صدق غرر، یا از آن جهت است که اصل وجود آن شیء معلوم نیست، چنانکه ابن فارس به آن تصریح کرده (ابن فارس: ۱۳۸۵) یا از آن جهت است که کُنه و حقیقت آن مجهول است (ابن اثیر: ۱۳۶۷) یا از آن جهت که ظاهری فریبنده و باطنی مجهول دارد، چنان‌که ابن اثیر در نهایت بدان تصریح کرده است. (همان) یا از آن جهت که ظاهری فریبنده و باطنی ناپسند دارد، همان‌طور که شهید آن را از برخی نقل می‌کند. (شهید اول: ۷۸۶ هـق.)

همان‌طور که گذشت، در حال حاضر بیشترین مصادیق تبدیل عقود در نظام بانکداری، تبدیل عقود مشارکتی همچون مضاربه به عقد مبادله‌ای مانند مرابحه و تبدیل عقد مرابحه یا فروش اقساطی (مانند فروش اقساطی مواد اولیه یا فروش اقساطی ماشین‌آلات) به مشارکت در سرمایه در گردش است. بحث درخصوص عقد مضاربه به‌صورت مبسوط گذشت.

تبدیل عقود مبادله‌ای به عقد مجهول مشارکت در سرمایه در گردش

در عقود مشارکتی، ماهیت تعامل، مشارکت است. بدین‌معنی که طرفین در کاری مشخص با آورده/آورده‌های معلوم به فعالیت پرداخته و در پایان در سود و زیان آن به توافق شریک خواهند بود. با این وصف، عقد مشارکت، عقدی است که پیرو آن، دو نفر با هم اتفاق ببندند که با مال مشترک خود تجارت کنند و آنچه منفعت می‌برند، میان خود تقسیم کنند (سیستانی: مسأله ۲۱۰۶ رساله توضیح‌المسائل) بدیهی است، موضوع مشارکت می‌بایست مشخص بوده و سود و زیان حاصل شده از تجارت، قابل محاسبه و تخصیص و مورد توافق طرفین باشد. حال، اگر کسی آورده نقدی خود را به کسی برای تجارت داد و شخص تاجر با آن مال، کالایی خرید و سپس فروخت، سود عایدی می‌بایست به نسبت توافقی بین طرفین تقسیم شود –همچنین، ضرر احتمالی. حال اگر مشارکت در سرمایه یک شخص حقوقی باشد، این موضوع در قالب عقد مشارکت حقوقی (یکی از عقود اسلامی) گنجانده می‌شود. بدین‌صورت که بانک با خرید سهام یک شرکت، در سرمایه آن شریک شده و در پایان هر دوره مالی، با محاسبه صورت سود و زیان آن شرکت (طبق توافق)، در سود و زیان آن شرکت سهیم خواهد بود.

در این نوع عقود، علی‌القاعده سود یا زیان می‌بایست در پایان دوره مالی محاسبه شود، نه ابتدای آن. در عقود مبادله‌ای به‌نوعی تبادل کالا/خدمات صورت می‌گیرد و تعیین سود از ابتدا معلوم می‌شود. بانک‌ها احیاناً به‌دلیل سود بیشترِ عقود مشارکتی نسبت به عقود مبادله‌ای (این ارقام سالانه توسط بانک مرکزی ج.ا.ا. به بانک‌ها تکلیف می‌شود)، برخی عقود خود را از حالت مبادله‌ای خارج کرده و به عقود مشارکتی تغییر داده‌اند. برای نمونه، قبلاً بانک درخصوص خرید مواد اولیه و ماشین‌آلات شرکت‌های تولیدی، با آن‌ها وارد عقد فروش اقساطی مواد اولیه یا فروش اقساطی ماشین‌آلات می‌شد. اما اکنون، تسهیلات را در قالب عقد نامشخصِ «مشارکت در سرمایه در گردش» (مشارکت در اموال سرمایه‌ای) به آن‌ها می‌پردازد تا سود عقود مشارکتی را از آنان اخذ کند. مشارکت در سرمایه در گردش یک شرکت، خود حاصل عوامل و فاکتورهای مجزا و متعدد و غیرقابل تمییز در محاسبه سود مشارکت است و برابر با دارایی‌های جاری منهای بدهی‌های جاری در یک سال است. (راضی و همکاران: سایت پژوهشکده پولی و بانکی) با توجه به این‌که مشارکت در یک موضوع می‌بایست به‌صورت مشخص و واضح، همراه با مشارکت واقعی در سود و زیان صورت پذیرد و سرمایه در گردش تابع عوامل متعددی چون منابع انسانی، ماشین‌آلات و تجهیزات، مواد اولیه، موجودی انبار و ... است. این عقد از لحاظ فقهی محل اشکال بوده و دور زدن قانون توسط بانک‌ها برای کسب منفعت بیشتر، در این شیوه کاملاً مشهود است.

در این نوع عقد، موضوع مشارکت مشخص نبوده و به‌عبارتی همان عقود مبادله‌ای بر آن صدق می‌کند، نه مشارکت. پُرواضح است که مشارکت در سرمایه در گردش یک شرکت، معنی‌دار نخواهد بود. برای نمونه، اگر بانک خرید مواد اولیه یک کارخانه را انجام دهد، سؤال مطرح شده این خواهد بود که پس از این‌که مواد در تولید محصولات کارخانه به‌کار گرفته شد، در پایان سال مالی، بانک باید در چه چیزی با آن کارخانه شریک شود؟ و اگر در سود و زیان حاصل از تولید و فروش محصولات شریک شود، می‌بایست در سرمایه پایه (نه سرمایه در گردش) آن کارخانه شراکت می‌کرد. این موضوع در قالب عقد مشارکت حقوقی (یکی از عقود اسلامی) گنجانده می‌شود. بدین‌صورت که بانک با خرید سهام یک شرکت، در سرمایه آن شریک شده و در پایان هر دوره مالی، با محاسبه صورت سود و زیان آن شرکت (طبق توافق)، در سود و زیان آن شرکت سهیم خواهد بود. قبلاً بانک درخصوص خرید مواد اولیه و ماشین‌آلات شرکت‌های تولیدی با آن‌ها وارد عقد فروش اقساطی مواد اولیه یا فروش اقساطی ماشین‌آلات می‌شد. از راه‌های موجود جایگزین برای رفع این نقیصه می‌توان به مشارکت به‌وسیله اجاره اموال سرمایه‌ای (برای مثال، اجاره ماشین‌آلات)، سلف یا سلم (پیش‌خرید محصولات تولید نشده)، مرابحه یا فروش اقساطی اموال سرمایه‌ای (فروش اقساطی مواد اولیه، فروش اقساطی

ماشین‌آلات و ...) اشاره کرد. واضح است، عقود ذکر شده نیز جزء عقود مبادله‌ای بوده و بانک‌ها را از لحاظ سود ارضا نخواهد کرد. نظریات مراجع تقلید شامل حضرات آیات سیستانی، بهجت، تبریزی، خامنه‌ای، نوری همدانی، سبحانی، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی، موسوی اردبیلی و فاضل لنکرانی نیز در این خصوص اخذ شده است.

پرسش

همان‌طور که مستحضرید، بانک‌ها فعالیت خود را در قالب عقود اسلامی به انجام می‌رسانند که خود به دو دسته عقود مشارکتی (مضاربه، مزارعه، مساقات، مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی) و عقود مبادله‌ای (سلف، فروش اقساطی، خرید دِین، جعاله، اجاره به‌شرط تملیک) تقسیم می‌شود. اخیراً مشاهده شده که بانک‌ها به‌دلیل سود بیشتر عقود مشارکتی (۲۰ درصد) نسبت به‌عقود مبادله‌ای (۱۵ درصد)، برخی عقود خود را از حالت مبادله‌ای خارج و به عقود مشارکتی تغییر داده‌اند. برای نمونه، قبلاً بانک درخصوص خرید مواد اولیه و ماشین‌آلات شرکت‌های تولیدی با آن‌ها وارد عقد فروش اقساطی مواد اولیه یا فروش اقساطی ماشین‌آلات می‌شد، اما اکنون تسهیلات را در قالب عقد نامشخصِ «مشارکت در سرمایه در گردش» به آن‌ها می‌پردازد تا سود عقود مشارکتی را از آنان اخذ کند. (مشارکت در سرمایه در گردش یک شرکت، خود حاصل عوامل و فاکتورهای مجزا و متعدد و غیرقابل تمییز در محاسبه سود مشارکت است و برابر با دارایی‌های جاری منهای بدهی‌های جاری در یک سال است. با توجه به این‌که مشارکت در یک موضوع می‌بایست به‌صورت مشخص و واضح، همراه با مشارکت واقعی در سود و زیان صورت پذیرد و سرمایه در گردش تابع عواملی چون منابع انسانی، ماشین‌آلات و تجهیزات، مواد اولیه، موجودی انبار و ... است. خواهشمند است بفرمایید از نظر شرعی ورود به این عقد که جزء عقود تعریف شده شرعی نیست (که در بالا عنوان شد)، برای بانک چه حکمی دارد؟

خلاصه پاسخ‌ها

۱- اگر معامله‌ای که بانک انجام می‌دهد براساس یکی از عقود اسلامی تعریف شده و با رعایت همه شرایط شرعی انجام نشود یا خریدار نوعی جهل به جنس مورد معامله داشته باشد، یعنی کاملاً برای او مشخص نباشد که چه چیز را می‌خرد یا اگر عقد شرکت است و تمام جهات آن از نظر سود و سرمایه و نفع و ضرر معلوم نباشد، به‌طوری که موجب غرر و ضرر شود یا باطن آن به معامله ربوی برگردد، چنین معاملاتی شرعاً صحیح نیست.

۲- اگر معاملاتی که بانک‌ها می‌کنند طبق یکی از عقود اسلامی باشد که در رساله‌ها آمده، صحیح است. اما اگر اسمش را عقد اسلامی می‌گذارند، ولی در باطن ربوی است، حرام بوده و جایز نیست.
۳- اگر معامله براساس شرایط عقد شرکت انجام پذیرد، صحیح است و در غیر این صورت، برای تصرف در سود، بانک می‌بایست به حاکم شرع رجوع کند.
۴- اگر مشارکت واقعی و با رعایت شرایط معتبر در عقد شرکت باشد، اشکال ندارد. در غیر این صورت باید برای تصحیح تصرف در سود پرداختی از طرف بانک‌های دولتی به حاکم شرع مراجعه شود.

و پرسشی دیگر

بانک‌ها هزینه‌هایی را که به‌منظور پیگیری عملیات اجرایی و اطلاع‌رسانی بدهکاران برای بازپرداخت دیون آنان نظیر هزینه‌های پست و غیره پرداخت می‌کنند، به‌حساب بدهی بدهکاران منظور می‌کنند. حکم این مسأله را بفرمایید.

پاسخ

بانک تنها می‌تواند کارمزد واقعی بابت کاری را بگیرد که برای مشتری انجام داده و سایر هزینه‌ها به‌عهده خودش است. عقد جُعاله نیز دریافت اجرتی معین در برابر کاری مشخص برای مشتری است. (نظریات مراجع عظام تقلید شامل حضرات آیات سیستانی، بهجت، تبریزی، خامنه‌ای، نوری همدانی، سبحانی، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی، موسوی اردبیلی و فاضل لنکرانی)

همچنین، در صورت تغییر و تبدیل عقود به یکدیگر، امکان ناتوانی یکی یا هر دو طرف قرارداد در ایفای تعهدات به‌وجود خواهد آمد. از این‌رو، به‌استناد قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفا بمضمونه»، عقد باطل می‌شود. این قاعده ثابت می‌کند که هرگاه اجرای یک تعهد ناممکن باشد، آن تعهد باطل است و مشمول حکم «اوفوا بالعقود» نمی‌شود. برای اثبات این قاعده، ادله مختلفی در کتب فقهی آورده شده که از مهم‌ترین آن ادله می‌توان به‌دلیل «لزوم غرر در صورت عدم‌قدرت بر اجرای عقد» و «لزوم اجتماع نقیضین» اشاره کرد. استادان حقوق تحت عنوان «شرط قدرت بر تسلیم» در قواعد عمومی قراردادها به این مضمون اشاره دارند.

قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد

قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد، به قاعده «العقود تابعه للقصود» شهرت دارد که نه تنها مورد پذیرش همه مسلمانان است، بلکه این قاعده مورد قبول تمام عقلاست. بنابراین، قاعده مذکور یک امر بدیهی است و به استدلال نیازی ندارد. (دادمرزی: ۱۳۹۳) به‌بیان دیگر، قصد، جزء ماهیت عقد است و قوام عقد وابسته به قصد است. مقصود قاعده «العقود تابعه للقصود» این است که چون عقدها اعم از آن‌که مالی باشد یا غیرمالی، معاوضی باشد یا غیرمعاوضی، در حقیقت ربط و پیوند تعهدات و اعتباراتی است که بین موجب و قابل برقرار شده و این معنی امری است نفسانی و قصدی. پس، تا مادامی که طرفین، قصد عنوان عقد را نکرده باشند، عقد مورد نظر محقق نخواهد شد و تحقق اعتبارات متعاقدین اثباتاً و نفیاً به قصد و اراده طرفین منوط است. همچنین، برای تحقق یک عمل حقوقی دوطرفه تنها اراده انشایی یکی از دو طرف کافی نیست، بلکه لازم است اراده هر دو طرف در ایجاد عقد هماهنگی و همکاری داشته باشد. این هماهنگی موقعی میسر است که آنچه یک طرف، انشا آن را قصد می‌کند، طرف دیگر نیز همان را قصد کند. در غیر این صورت، معامله‌ای به‌وجود نخواهد آمد. (حسینی حائری: ۱۴۴۲ هـق.) حقیقت عقد عبارت است از: الزام و التزام. و ماهیت التزام معنایی جز پذیرش چیزی و متعهد شدن به آن چیز نیست. بنابراین، آیا ممکن است قبول کردن چیزی با قصد همراه نباشد؟ (مکارم شیرازی: ۱۴۱۱ هـق.)

برای نمونه، وقتی شخصی سپرده‌ای را به بانک می‌دهد، اگر قصد او انعقاد قرارداد ودیعه باشد، اثر این قصد این است که بانک مجاز به تصرف در مال ودعی نیست و نمی‌تواند در آن هیچ تصرفی انجام دهد. اما اگر مشتری پولی را به‌عنوان عقد قرض به بانک بدهد، تملیک آن توسط بانک جایز است، چرا که در عقد قرض، مالکیت حاصل می‌شود. از این‌رو، با تفاوت در قصد، آثار و احکام قراردادها از هم متمایز می‌شود. همین‌طور درخصوص تبدیل عقود اسلامی به یکدیگر توسط بانک‌ها، قاعده فقهی موصوف نقض می‌شود. چرا که در ابتدا، قصدی از طرفین در انجام دادن عمل مشخصی وجود دارد و با تبدیل عقود به یکدیگر، ایجاب و قبول عقد از حیز انتفاع ساقط می‌شود.

بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم، باطل است

این موضوع که در عقد مشارکت در سرمایه در گردش به وضوح مشاهده می‌شود، بنا به‌نظر مختار ابن ادریس و برخی متأخران (محقق حلّی: ۱۴۰۸ هـق.) محکوم به بطلان است و دلیل بطلان را چنین بیان می‌کنند: احتیاط، ترک عمل به روایات وارد درخصوص بیع مجهول به ضمیمه شیء معلوم است. زیرا چنین بیعی، غرری است و غرر منهی‌عنه به واسطه انضمام مرتفع نمی‌شود و معلوم،

هرگاه به‌شیء مجهولی ضمیمه شود یا شیء مجهولی بدان ضمیمه شود، آن معلوم به مجهول تبدیل می‌شود. به‌بیان دیگر، جهالت در مبیعِ مجهول، سبب جهالت در کل مبیع و در نتیجه بطلان بیع می‌شود.

«والأقوی عندی المنع من ذلک کلّه، لأنّه غرر، وبیع مجهول، والرسول (نهی عن بیع الغرر ... فالبیع باطل ... لأنّ المعلوم، إذا أضیف إلی المجهول، و المجهول إذا أضیف إلی المعلوم، صیّر ذلک المعلوم مجهول...». (ابن ادریس حلّی: ۱۴۱۰ هـق.)

شروط ضمن عقد مانع عدم بطلان عقد نمی‌شود

در قراردادها گاهی مشاهده می‌شود که بانک‌ها پس از تبدیل عقود به یکدیگر، با انشا شروط ضمن عقد، خواهان اصلاح روش‌ها و فرایندهای حقوقی می‌شوند. براساس قاعده فقهی «إذا بطل الشیء بطل ما فی ضمنه»، به‌دلیل اسقاط اصل قرارداد، تمامی شروط از حیز انتفاع ساقط می‌شود. (إذا سقط الأصل سقط الفرع) برای نمونه، در تبدیل عقود مبادله‌ای همچون فروش اقساطی مواد اولیه یا مرابحه خرید ملزومات و ماشین‌آلات به عقد مشارکت در سرمایه در گردش، باید اذعان کرد که سرمایه در گردش یک شرکت، خود حاصل عوامل و فاکتورهای مجزا و متعدد و غیرقابل تمییز در محاسبه سود مشارکت است و برابر با دارایی‌های جاری منهای بدهی‌های جاری در یک سال است. بنابراین، محاسبه آن و طریقه مشارکت در آن، مبهم و از توان طرفین قرار داد خارج است. از این‌رو، به‌استناد قاعده فقهی «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء مضمونه»، به‌دلیل این‌که در تبدیل عقود، ماهیت مشارکت یا مبادله تغییر خواهد کرد و طرفین در اجرای کل یا بخشی از قرارداد معذور خواهند بود، عقد باطل می‌شود.

امهال و استمهال

امهال در لغت به‌معنای مهلت دادن است و مهلت نیز به‌معنای زمان، اجل، مدت و نیز فرصت است. (دهخدا: ۱۳۷۳) و استمهال در لغت به‌معنای مهلت خواستن است. در لغتنامه دهخدا ذیل این واژه آمده است: استمهال، مهلت خواستن، زمان خواستن، درنگی خواستن، طلب مهلت کردن، زمان طلبیدن، استنظار. (همان) در حال حاضر، امهال مطالبات ناشی از عقود مشارکتی از طریق تمدید قرارداد، قبل و پس از سررسید قرارداد امکان‌پذیر است و نیز در قراردادهای مبتنی بر عقود غیرمشارکتی، امهال مطالبات از طریق تقسیط مجدد، تجدید و تبدیل قرارداد صورت می‌پذیرد. همچنین، امهال مطالبات ناشی از تسهیلات اعطایی در قالب عقد فروش اقساطی، اجاره به‌شرط تملیک، مرابحه (کالایی و خدماتی)، خرید دِین، جعاله، سلف

و نیز امهال مطالبات ناشی از ارایه خدمات و انجام دادن سایر فعالیت‌ها و وقوع رویدادها از طریق تبدیل قرارداد به عقود اجاره به‌شرط تملیک، سلف و خرید دِین مجاز دانسته شده است.

چالش‌های مربوط به تبدیل عقود در این خصوص عبارت است از:

۱- در مطالبات بخش‌های اقتصادی غیرتولیدی مانند خدمات، چگونه می‌توان از عقد سلف استفاده کرد؟

۲- برای مشتری‌ای که با بحران مالی مواجه شده، تحمیل هزینه‌های الزامی در عقد اجاره به‌شرط تملیک به مشتری، کارکرد آن را محدود خواهد کرد.

۳- با عنایت به لزوم بررسی کارشناسی درخصوص احراز توان مشتری در ایفای تعهدات امهالی، رعایت الزام انطباق مدت قرارداد اجاره به‌شرط تملیک با طول عمر مفید مورد اجاره، قدرت مانور بانک را کاهش داده و استفاده از این عقد را در برخی موارد ناممکن خواهد ساخت.

۴- مشتریانی که چندین سال با بحران مالی یا فقدان بازار فروش محصول یا خدمات مواجه بوده‌اند عملاً فاقد اسناد تجاری هستند و بهره‌مندی آنان از عقد خرید دِین را منتفی می‌کند. بنابراین، الزام به استفاده از عقود خاص، کارآمدی ابزارهای تجدید و تبدیل را در مطالبات ناشی از فروش اقساطی کاهش خواهد داد.

با عنایت به این‌که تعهدات اعطایی خرید دِین، خود منبعث از فعالیت اقتصادی دیگر بوده، استفاده از کلیه عقود نظیر عقود یاد شده، میسر است. و نیز به‌موجب ماده ۲۶، موارد مطروحه در مواد قبلی برای مطالبات ناشی از عقود جعاله نیز صادق است. اما با عنایت به این‌که بیشترین استفاده از این عقد در تسهیلات جعاله تعمیر مسکن است، بنابراین، بخش اعظم استفاده‌کنندگان از تسهیالت جعاله تعمیر مسکن حائز شرایط یا توان امهال از طریق عقود اجاره به‌شرط تملیک و همچنین، عقود سلف و خرید دِین نیستند و در واقع، قادر به بهره‌مندی از ابزار تبدیل نخواهند بود.

در دستورالعمل بانک مرکزی تأکید شده در صورت تجدید و تبدیل، بایستی سود اقساط سررسید نشده از بدهی مدیون کسر شود. همچنین، به‌علت عدم شفافیت در تعریف کل بدهی در تعیین لزوم اخذ حداقل ۲۰ درصد از کل بدهی برای جابه‌جایی طبقات، اعمال نحوه کسر سود اقساط سررسید نشده را در ابهام قرار داده است، چون مشخص نشده که مقصود از کل بدهی چیست.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در این پژوهش، عارضه‌ای تحت عنوان «بی‌توجهی بانک‌ها به ماهیت و کارکردهای مختص به هر عقد شرعی» به‌عنوان بیان مسأله مطرح شد. در این راستا، تصریح شد که عقود در بانکداری اسلامی

به‌شکل مطلوب و کامل مورد استفاده قرار نگرفته و در نظام بانکی ایران، درک مناسبی از کاربرد ویژه هر عقد وجود ندارد. همچنین، تبیین شد که یکی از مهم‌ترین ریسک‌های موجود در این خصوص، ریسک عدم‌انطباق فرایندها با قوانین و مقررات شریعت اسلام در بانک‌ها درخصوص بی‌توجهی به ماهیت و کارکردهای مختص به هر عقد شرعی بوده که به‌دلیل کسب سود بالاتر، نسبت به‌تبدیل عقود به یکدیگر اقدام می‌کنند یا با اعمال شروط ضمن عقد، تغییراتی را در ماهیت عقود اسلامی به‌وجود می‌آورند. این موضوع با توجه به اهمیت نظارت شرعی بر بانک‌ها و پایش میزان انطباق عمکرد آن‌ها با اصول و موازین شریعت، بسیار حایز اهمیت است. این انحراف‌ها تا آنجا پیش رفته که به تغییر ماهیت عقود انجامیده است. در ادامه، با استفاده از اصول و قواعد فقهی اثبات شد که تغییر ماهیت عقود توسط بانک‌ها به‌منظور تضمین سود سرمایه و همچنین، بهره‌مندی از سود بیشتر، که از طریق شروط ضمن عقد یا تغییر عنوان و محتوای عقود صورت می‌پذیرد، با اصول و قواعد فقهی ناسازگار بوده و تالی فاسدی همچون غرر و ضرر و گاهی ربا را به‌دنبال داشته و نیز از منظر اخلاق دینی، نوعی کژمنشی اخلاقی به‌حساب می‌آید.

منابع و مأخذ

۱- ابوالحسنی، اصغر؛ حسنی‌مقدم، رفیع. (۱۳۸۷)، «بررسی انواع ریسک و روش‌های مدیریت آن در نظام بانکداری بدون‌ربای ایران»، ***فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی***. شماره ۳۰.

۲- اکبرزاده، معین. (۱۳۹۲)، «مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آن‌ها در نظام بانکداری اسلامی»، ***فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی***. شماره ۴ و ۵.

۳- حائری، سیدکاظم. (۱۴۲۳ هـق.)، «فقه‌العقود». ***قم: مجمع الفکر الاسلامی***.

۴- خبرگزاری رسمی حوزه. (۱۳۹۱)، «نظر چهار تن از مراجع عظام تقلید درخصوص مصرف وام در غیرجهت».

۵- خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۲ هـق.)، «استفتائات». جلد سوم. چاپ پنجم. ***قم: دفتر انتشارات اسلامی***.

۶- خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷)، «مصباح‌الفقاهه». ***قم: مکتبة‌الداوری***.

۷- ره‌پیک، حسن. (۱۳۹۳)، «حقوق مدنی پیشرفته: مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد». ***تهران: انتشارات خرسندی***.

۸- شاهرودی، محمود. (۱۳۸۷)، «فرهنگ فقه فارسی». ***قم: مؤسسه دایرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت***.

۹- شعبانی، احمد. (۱۳۹۲)، «بانکداری اسلامی رویکردی اقتصادی و فقهی». ***تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.***
۱۰- شهنازی، روح‌الله؛ پناهی، مجتبی. (۱۳۹۲)، «سنجش میزان صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی»، ***فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی.*** شماره ۱۶.
۱۱- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶)، «حقوق مدنی: شروط ضمن عقد». ***تهران: انتشارات مجد.***
۱۲- صدقی، عباس. (۱۳۹۲)، «اصول بانکداری». ***تهران: دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی دانشگاه تهران.***
۱۳- عابدیان، میرحسین. (۱۳۷۹)، «شروط باطل و تأثیر آن در عقد». ***تهران: انتشارات ققنوس.***
۱۴- عبدالعزیز النجار، احمد. (۱۳۶۸)، «صد سؤال و صد جواب درباره بانکداری اسلامی». ترجمه عباس خان محمد. ***تهران: مرکز آموزش بانکداری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.***
۱۵- عبدالهی، محسن؛ موسویان، سیدعباس. (۱۳۹۲)، «تبیین آسیب‌های اجرای عقود بانکی در کشور»، ***نشریه علمی پژوهشی بهبود مدیریت.*** شماره ۲۰.
۱۶- فیروزان سرنقی، توحید. (۱۳۹۱)، «ارایه چهارچوبی برای تعیین نرخ سود در عقود مبادله‌ای»، ***پژوهش‌های اقتصادی.*** سال دوازدهم، شماره ۴.
۱۷- قرآن کریم.
۱۸- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ هـق.)، «قواعد فقه». چاپ دوازدهم. ***تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.***
۱۹- محقق‌نیا، محمدجواد. (۱۳۹۴)، «بررسی عدم پایبندی عملی بانک‌ها به بانکداری اسلامی»، ***فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی.*** شماره ۲.
۲۰- موسویان، سیدعباس. (۱۳۸۵)، «الگوی جدید بانکداری بدون‌ربا»، ***پایگاه علمی سیویلیکا.***
۲۱- نظرپور، محمدنقی؛ ملاکریمی، فرشته. (۱۳۹۵)، «بررسی کاربرد قاعده شرط در قراردادهای بانکی»، ***فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی.*** شماره ۶۵.