



## استانداردسازی عقود بانکی بر حسب موازین شرعی

فرشته ملاکریمی\*

### مقدمه

یکی از مسائل مهم در زمینه نظارت بر بانک‌های اسلامی، مسئله ریسک شریعت است. منظور از ریسک شریعت خطری است که بانکداری اسلامی را از ناحیه عدم انطباق فعالیت‌های آن با اصول شریعت تهدید می‌کند. اولین و مهمترین مخاطره در رابطه با سلامت شرعی بانک‌ها، عدم انطباق قراردادهای بانکی بر اساس قواعد شریعت است. در صورت مخالفت هر یک از مفاد و شروط قرارداد با موازین فقهی، مشروعیت معامله مخدوش می‌گردد و اجرای بانکداری اسلامی را با چالشی جدی روبرو می‌سازد. افزون بر این در نظام بانکی بدون ربا در ایران، شاخص‌های مشخصی برای سنجش مشروعیت قراردادها وجود ندارد. بنابراین لازم است شاخص‌ها و استانداردهای کلیدی از کاربردهای کلی و مصداقی ضوابط و قواعد فقهی با هدف ارزیابی میزان انطباق قراردادهای بانکی با شریعت استخراج و معرفی شود؛ به منظور سنجش میزان انطباق با شرع ضروری است قراردادهای بانکی را از دو منظر احکام و قواعد اختصاصی هر عقد و قواعد و احکام عمومی باب معاملات مورد سنجش قرار داد.

هر یک از معاملات در فقه اسلامی تعریف و احکام خاص خود را دارد. اگر هنگام انعقاد قرارداد، معامله با تعریف و ضوابطی که مورد نظر شرع است، مخالفت داشته باشد قطعاً چنین قراردادی فاقد مشروعیت لازم است. بنابراین لازم است در گام نخست احکام و ضوابط اختصاصی هر یک از عقود بانکی که مشروعیت قرارداد به آن بستگی دارد تبیین گردد. در گام بعدی نیز باید قواعد فقهی دارای کاربرد در قراردادهای بانکی بررسی شود. به عنوان مثال مشخص شود بر اساس قاعده‌ی قصد، چه معنا و مفهومی از سوی طرفین عقد باید اعتبار شود تا احکام و آثار خاص هر عقد مترتب شود. طبق قاعده‌ی صحت، باید اصول، معیارها، و ضوابط

صحت قراردادهای بانکی تبیین و شاخص‌های ارزیابی صحت و ابطال قراردادهای بانکی استخراج شود. بر اساس قاعده‌ی شرط، باید شرایط صحت شروط ضمن عقد به صورت کلی در همه‌ی معاملات و به صورت اختصاصی در هر عقدی بررسی شود. بر اساس قواعدی همچون نفی غرر نیز لازم است مواردی که معاملات را محکوم به غرری بودن می‌کند، دقیق و مشخص تبیین شود.

استخراج شاخص‌های ارزیابی سلامت قراردادها بر اساس ضوابط اختصاصی عقود و قواعد فقهی گامی مهم در مسئله‌ی نظارت شرعی و اطمینان از رعایت موازین اسلامی در انعقاد قراردادهای بانکی به‌شمار می‌آید. از این شاخص‌ها می‌توان در مرحله‌ی تدوین، انعقاد، و اجرای قراردادهای بانکی استفاده کرد و در نهایت بانک‌ها را از حیث میزان انطباق با شریعت رتبه‌بندی نمود. در همین راستا در ادامه مقاله، به معرفی مهمترین استانداردها و شاخص‌های ارزیابی شرعی قراردادهای بانکی پرداخته می‌شود.

### شاخص‌های اصل صحت در معاملات

نظام بانکی به دلیل بروز نیازهای جدید مکلف به ارائه و استفاده از ابزارهای جدید و نوین پولی و بانکی است. این ابزارها در درجه‌ی نخست باید صحیح و مشروع بودن آن احراز شود تا قابلیت کاربرد در عملیات بانکی را به دست آورد. برای جریان اصل صحت قراردادها باید ضوابط عمومی قراردادها که سه گروه‌اند، رعایت شود. این ضوابط را در قالب سه شاخص می‌توان تدوین کرد تا بتوان عقود را با آن ارزیابی کرد.

#### • رعایت ضوابط خود قرارداد

هر یک از عقود بانکی در فقه اسلامی احکام و ضوابط خاصی دارد که رعایت آن موجب مشروعیت آن می‌شود؛ به عنوان مثال، برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقای اصل آن ممکن باشد؛ یعنی مالی که منفعت آن مورد اجاره قرار می‌گیرد، باید از اشیائی باشد که

قاعده‌ی ممنوعیت اکل مال به باطل مشمول مواردی که موضوع معامله مالیت و منفعت حلال ندارد، معامله موجب تضییع حقوق دیگران می‌شود، معامله با ضرر و زیان و فریب همراه است، موارد فساد و فحشا، لغو و لهو، و مواردی که مال از راه تضعیف نظام اسلامی به دست می‌آید، می‌شود. با توجه به این معیارها، می‌توان شاخص‌هایی را برای انطباق عملیات بانکی با قاعده‌ی مذکور ارائه داد. از جمله نسبت قراردادهایی که بدون نقل و انتقال کالا یا خدمتی ارائه می‌شود به کل قراردادها می‌تواند شاخصی برای تشخیص اکل مال بالباطل در قراردادهای بانکی باشد. توضیح اینکه در مواردی از قراردادهای مباحه، فروش اقساطی و جعله‌ی بانکی که کالا یا خدمتی در واقع وجود ندارد و بانک بر اساس فاکتوری صوری کالا یا خدمتی را به مشتری واگذار می‌کند، موضوع قرارداد مالیت ندارد و در نتیجه معامله مصداق اکل مال به باطل است و سود دریافتی به ملکیت بانک در نمی‌آید و تصرف در آن تصرف در مال غیر محسوب می‌شود و حرام است.

### شاخص‌های صوری شدن معاملات

طرفین معامله باید معنا و مفهوم هر یک از قراردادهای بانکی را بدانند و اگر معنا و حقیقتی که مضمون و محتوای قراردادها را تشکیل می‌دهد برای متصدی بانک و مشتری مشخص نباشد، رکن اصلی قرارداد که همان قصد است منتفی می‌شود. توجه به مسأله قصد و اهمیت دادن به انشای صحیح و واقعی عقود بانکی، نقشی بسزا در کاهش اجرای صوری عقود ایفا می‌کند. محوری‌ترین شاخصی که در این زمینه می‌توان طرح نمود، نسبت قراردادهای صوری (بدون قصد انشا) به کل قراردادهاست. در صورتی که معاملات بانکی بدون قصد انشا و به ظاهر منعقد شود و در واقع قصد طرفین برخلاف مفاد قرارداد باشد، به علت فقدان قصد انشا که شرط تحقق و مایه‌ی قوام معاملات است، حکم به بطلان می‌شود. براین اساس، نسبت قراردادهای صوری به کل قراردادها به عنوان یک شاخص در نظر گرفته شده است. هرچه این نسبت بالاتر باشد، بیانگر این است که معاملات صورت گرفته به سمت صوری شدن سوق یافته است. به طور مثال، نسبت قراردادهای فروش اقساطی بدون قصد انشا

در اثر انتفاع از آن عین مال معدوم نشود یا در بیع سلف باید مبیع مؤجل و اجل معلوم باشد. در صورتی که فروشنده در تسلیم مبیع تأخیر کند، خریدار اختیار فسخ بیع را دارد. همچنین، مقدار و وصف مبیع قابل تعیین باشد و در سررسید کمیاب نباشد، بلکه به‌طور معمولی موجود باشد. فروشنده و خریدار نیز باید بدانند مبیع در موعد مقرر وجود خواهد داشت. در این نوع بیع لازم است ثمن در هنگام انعقاد بیع به بایع داده شود. در صورتی که فقط بخشی از ثمن داده شود، بیع سلف فقط در مورد همان بخش صحیح است و در بخشی که ثمن آن پرداخت نشده است، باطل خواهد بود.

بدیهی است رعایت ضوابط اختصاصی عقود هم در حوزه‌ی قوانین و مقررات و تدوین قراردادهای بانکی الزامی است و هم در مرحله‌ی اجرا باید مورد توجه قرار گیرد. اهمیت این مبحث موجب شد تا در این بخش شرایط اساسی صحت معامله به اختصار مطرح شود.

### • ضوابط اهلیت

طرفین معامله برای انعقاد قرارداد باید شرایطی داشته باشند. اگر هر یک از شروط موجود نباشد، اعتبار قرارداد از لحاظ شرعی و قانونی مخدوش می‌شود و حتی ممکن است سبب باطل شدن قرارداد شود. این شروط عبارت است از:

الف- قصد و رضای طرفین: صحت و ترتب آثار بر معاملات منوط به این است که طرفین به مورد معامله قصد واقعی و رضایت داشته باشند. ب- اهلیت طرفین: متعاملین برای برخورداری از اهلیت باید بالغ، عاقل، و رشید باشند.

### • ضوابط عوضین

شرایط عوضین عبارت است از اینکه مورد معامله باید دارای مالیت و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد. مورد معامله نباید مبهم باشد، بلکه باید معین، قابل انتقال به غیر و در حین انعقاد عقد موجود باشد.

### شاخص‌های «اکل مال بالباطل بودن» معاملات





به سمت غرری شدن سوق یافته است. (نظرپور، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴)

### شاخص‌های ممنوعیت ربا

یکی از شاخص‌های مهم در جهت احراز مشروعیت قراردادهای بانکی، نسبت قراردادهای ربوی به کل قراردادها است. از آنجا که احتمال ارتکاب ربا در عملیات بانکی وجود دارد، این شاخص می‌تواند معیار مناسبی برای سنجش میزان تطابق عملکرد نظام بانکی با قاعده‌ی ممنوعیت ربا باشد. در این زمینه می‌توان دو شاخص جزئی‌تر با عنوان «نسبت قراردادهای ربوی که منتهی به قرض می‌شود به کل قراردادها» و «نسبت قراردادهای منتهی به قرارداد فضولی شده که بانک امضا نکرده به کل قراردادها» تعریف کرد. مطابق شاخص نخست اگر برای قرارداد جهت خاصی تعیین شده باشد، بر دریافت‌کننده تسهیلات لازم و واجب است که آن را در جهت خود مصرف نماید. در غیر این صورت قرارداد از حیث قانونی محکوم به بطلان است. آراء فقها نیز حاکی از آن است که مشتریان نمی‌توانند تسهیلات دریافت شده را در غیر موضوع قرارداد مصرف نمایند.

هنگامی که در عملیات بانکی بدون ربا منابع حاصل از قراردادهای مختلف صرف خریدوفروش کالاهای غیر موضوع قرارداد و یا صرف

(بدون توجه به محتوای قرارداد) به کل قراردادهای فروش اقساطی (کل قراردادها) می‌تواند شاخصی برای تشخیص میزان انعقاد صوری معاملات در نظام بانکی باشد. (نظرپور، ۱۳۹۳، ص ۸۲)

### شاخص‌های ممنوعیت غرر

بر اساس قاعده‌ی نفی غرر، آن گروه از معاملات که در اثر خدعه، غفلت، جهالت، یا هر عامل دیگری صفت غرری پیدا می‌کند و مال یکی از طرفین معامله یا هر دو را در معرض هلاکت و نابودی قرار می‌دهد، از دایره‌ی قراردادهای مجاز خارج و محکوم به فساد است. مطابق این قاعده، بانک‌های اسلامی و در رأس آنها بانک مرکزی موظف‌اند به گونه‌ای عمل کنند که معاملات بانکی بدون هیچ نوع ابهام و جهالتی نسبت به حقوق بانک و مشتریان انجام شود؛ یعنی ارکان اصلی معامله کاملاً شفاف باشد؛ عبارات و اصطلاحات موجود در قرارداد نیز واضح، روشن، و قابل فهم برای عموم مردم باشد. از آنجا که ممکن است برخی از عقود مبادله‌ای یا عقود مشارکتی غرری شوند، شاخص نسبت قراردادهای غرری به کل قراردادها می‌تواند شاخص مناسبی برای سنجش میزان تطابق عملکرد نظام بانکداری بدون ربا با معیار ممنوعیت غرر باشد. هرچه این نسبت بیشتر باشد، بیانگر این است که معاملات صورت‌گرفته



شرط صحیح شرطی است که دارای شرایط صحت باشد. مهم‌ترین این شروط عبارت است از:

۱. آنچه شرط شده است، باید مقدور باشد و شخص از انجامش ناتوان نباشد.
۲. شرط ذاتاً و فی‌نفسه جایز باشد. از این‌رو، نمی‌توان ساخت شراب یا حمل‌ونقل وسایل قمار و دیگر محرّمات الهی را شرط کرد.
۳. آنچه شرط می‌شود، باید دارای انگیزه و مقصودی باشد که در نظر عقلاً مورد توجه و قابل اعتناست، اگرچه این مقصود تنها در مورد شخصی که به نفع او شرطی بسته شده است، مورد توجه و مدنظر قرار گیرد.
۴. آنچه شرط می‌شود، نباید مخالف کتاب و سنت باشد.
۵. شرط با مقتضای عقد منافات و مخالفت نداشته باشد. شرطی که با مقتضای عقد یا حکم آن منافات دارد، ناصحیح شمرده می‌شود.
۶. شرط مجهول نباشد به‌گونه‌ای که موجب ضرر در بیع شود، زیرا شرط در حقیقت بخشی از عوض یا معوض است و جهالت و نامعلوم‌بودن یکی از عوضین موجب ضرر در بیع می‌شود.
۷. آنچه شرط می‌شود، باید در قالب عقد و در متن آن ذکر شود. از این‌رو، اگر پیش از انجام عقد تعهدی بسپارد و در هنگام اجرای عقد یادی از آن نکند، پایبندی به شرط مزبور واجب نخواهد بود و از شروط

پرداخت بدهی‌ها شود، قرارداد تبدیل به معامله صوری و در نهایت عقد قرض می‌شود. بنابراین نسبت قراردادهای صوری که به قرض منتهی می‌شود به کل قراردادهای به‌عنوان یک شاخص برای تحقق ربا در نظام بانکی انتخاب شده است. بر اساس شاخص «نسبت قراردادهای منتهی به قرارداد فضولی شده که بانک امضا نکرده است به کل قراردادهای» نیز هنگامی که در عملیات بانکی بدون ربا منابع حاصل از قراردادهای مختلف صرف خرید و فروش کالاهای غیر موضوع قرارداد شود، معامله‌ی فضولی تحقق می‌یابد. اگر بانک به این معامله رضایت دهد، معامله صحیح و در غیر این صورت معامله باطل است. (نظریه، ۱۳۹۳، ص ۷۴ و ۷۸)

### شاخص‌های شروط ضمن عقد در قراردادها

یکی از مسائل مهم در متن قراردادهای بانکی بحث شروط ضمن عقد است. این شروط بخش قابل توجهی از هر قرارداد بانکی را در بر می‌گیرد. برای سنجش میزان انطباق شروط ضمن عقد با شریعت می‌توان شاخص‌هایی را ارائه کرد که به شرح زیر است:

- نسبت شروط صحیح در قراردادها به کل شروط ضمن عقد



ابتدایی محسوب می‌شود که بنا بر رأی مشهور الزام‌آور نیست. اگر شرط ضمن عقد فاقد هر یک از شروط صحت باشد، باطل خواهد بود. شرط فاسد به‌گونه‌ای است که در فرض تخلف به علت فقدان شرایط صحت یعنی وجود مانع شرعی یا قانونی، هیچ قدرت قانونی یا شرعی نیز از آن حمایت نمی‌کند. پس، امکان الزام و اجبار در صورت تخلف از آن وجود ندارد.

### • نسبت شروط مخالف با آثار و کارکردهای واقعی قرارداد به کل شروط ضمن عقد

در بسیاری از موارد در تنظیم و انعقاد قراردادهای بانکی، فقط با رویکرد صرف فقهی به تبیین موضوع، احکام، و شروط قرارداد پرداخته می‌شود. چه بسا اینکه این شروط به صورت جدا از جهت فقهی بدون اشکال باشد، ولی در کنار دیگر شروط نتایجی را در پی بیاورد که قرارداد را از ماهیت و کارکرد واقعی خود خارج سازد. در واقع، مجموعه‌ی این شروط با ذات، ماهیت، و مقاصدی که قرارداد در پی آن است تناقض پیدا کند. به بیان دیگر، ممکن است یک شرط در سطح خرد مطابق با شریعت تلقی شود، اما همان شرط از منظر کلان تطابق چندانی با شریعت نداشته باشد؛ به عنوان مثال، در برخی موارد در عقود مشارکتی شروطی گنجانده می‌شود که با دفع هرگونه ضرری از بانک، عقد را از حالت مشارکتی خارج و کاملاً به عقود مبادله‌ای با نرخ سود ثابت و از پیش تعیین شده تبدیل می‌کند. این مسئله اگرچه از لحاظ خرد در فقه اسلامی بدون مشکل است، در ابعاد کلان موجب می‌شود اقتصاد جامعه از مزایای عقود مشارکتی محروم شود. براین اساس، شروط ضمن عقد باید به‌گونه‌ای تدوین شود که عقد را از ماهیت اصلی و مسیر طبیعی خود دور نسازد.

### • نسبت شروط غیرمنصفانه به کل شروط ضمن عقد

در بسیاری از موارد، شروط ضمن عقد در قراردادهای بانکی صرفاً با هدف تضمین منفعت بانک صورت می‌گیرد. در مقابل، این شروط حق هرگونه چانه‌زنی را از مشتری سلب می‌کند و مشتری را در شرایطی قرار می‌دهد که برای دریافت تسهیلات مجبور شود مفاد قرارداد را بپذیرد، در حالی که بار سنگین مسئولیت‌ها و خسارات احتمالی نیز بر عهده‌ی وی قرار دارد. به نظر می‌رسد چنین معامله‌ای مخالف قاعده‌ی عدل و انصاف باشد.

البته، شروط ضمن عقد، افزون بر ماهیت تحمیلی در برخی موارد خلاف فقه نیز است؛ مثل تضمین پرداخت سود در قرارداد مشارکتی که سود نداشته باشد. همه‌ی شروط تحمیلی حاکی از آن است که برخی از بانک‌ها می‌خواهند از امتیاز عقود مشارکتی برخوردار باشند بدون اینکه مسئولیتی داشته باشند.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین عامل این مسئله دسترسی نداشتن بانک‌ها به اطلاعات مشتری است. وقتی بانک در یک فعالیت اقتصادی با یک مشتری شریک می‌شود ولی به اطلاعات دسترسی ندارد و نمی‌داند هزینه‌های تولید، میزان آن، و قیمت فروش و در نهایت سود این فعالیت و سهم بانک از سود این فعالیت اقتصادی چقدر است، به هیچ وجه نمی‌تواند اعتماد شخصی و سیستمی کند. در این گونه موارد، بانک به دنبال راهکاری است که خود را مصون بدارد و به همین دلیل در برخی از موارد هرطور شده است، می‌خواهد ریسک را به شریک منتقل کند.

### جمع بندی

استانداردسازی عقود بانکی از حیث انطباق با شریعت یکی از گام‌های مهم در زمینه بررسی سلامت شرعی بانک‌های اسلامی محسوب می‌شود. این استانداردها را می‌بایست با محوریت احکام و قواعد اختصاصی هر

عقد و قواعد و احکام عمومی باب معاملات صورت گیرد. مهمترین استانداردهای ارزیابی عقود بانکی مشتمل بر شاخص‌های اصل صحت در معاملات، شاخص‌های اکل مال بالباطل بودن معاملات، شاخص‌های صوری شدن معاملات، شاخص‌های ممنوعیت غرر، شاخص‌های ممنوعیت ربا و شاخص‌های شروط ضمن عقد در قراردادها می‌باشد. با ارزیابی میزان انطباق قراردادهای بانکی از حیث شاخص‌های مذکور می‌توان به رتبه‌بندی شرعی بانک‌های اسلامی پرداخت.

### منابع

۱. نظریور، م. ن.، یوسفی شیخ‌رباط، م. ر.، ابراهیمی، م. (۱۳۹۳). شاخص‌های صوری شدن معاملات در عملیات عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران. فصلنامه‌ی پژوهش‌های اقتصادی، ۱۴ (۳)، ۶۵-۹۲.
۲. نظریور، م. ن.، یوسفی شیخ‌رباط، م. ر.، ابراهیمی و م. (۱۳۹۳). شاخص‌های ممنوعیت ربا در عملیات عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران. فصلنامه‌ی مطالعات و سیاست‌های اقتصادی، ۱۰۲، ۶۷-۹۴.
۳. نظریور، م. ن.، یوسفی شیخ‌رباط، م. ر.، ابراهیمی و م. (۱۳۹۰). شاخص‌های ممنوعیت غرر در عملیات عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران. فصلنامه‌ی اقتصاد اسلامی، ۱۱ (۴۳)، ۱۵۷-۱۸۸.

### پی‌نوشت

\* کارشناس ارشد پژوهشی پژوهشکده پولی و بانکی