



Dynamics of Islamic Jurisprudential Rules in the Justification, Modification, and Completion of Banking Transactions

Seyyed Ali Mohamad Yasrebi*

Received: 2023, Sep 11 | Recieved in revised form: 2024, Oct 3 | Accepted: 2023, Sep 16 | Published: 2023, Nov 2

Abstract

This article examines the application of Islamic jurisprudential rules in the context of Islamic banking, employing a moderate approach grounded in practical experience and investigation. The article explores various topics, including the rules of "*Kul Qardh Jarr Manfa'ah Fahuwa Riba*"¹, "*Sihat*"², "*Akal Māl bi Bātil*"³, "*Maqbūdh bi Aqd Fāsīd*"⁴, "*Nafy-e Qharar*"⁵, "*Al-Uqūd Tābi'ah lil-Qusūd*"⁶, "*Al-Muminūn Ind Shurūtihim*"⁷, and "*Istīmān*"⁸ with deference to their implications in banking contracts, banking transactions and regulations of non-usurious banking operations. Recruiting a descriptive-analytical approach, the article delves more exclusively into the status of these rules in banking civil partnership and *Mudhāribah*⁹ contracts.

Keywords: Banking, Islamic Jurisprudence, Rule, Principle, Application.



* Associate Professor of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran; Email: myasrebi@ut.ac.ir.

¹ the prohibition of the interest included in a loan as dirty money.

² principle of validity of transactions.

³ Acquisition of a property using dishonest techniques.

⁴ Property acquired through a corrupt contract because the conditions for the validity of the contract were blatantly disregarded.

⁵ The prohibition of fraudulent transactions, especially where the seller is aware of the fraud.

⁶ According to this rule, the element of intention is an essential component in transaction contracts.

⁷ According to this rule, it is obligatory that Muslims remain faithful to their promises in a transaction contract.

⁸ According to this rule, the individual is liable to the damages inflicted on the property he is entrusted with.

⁹ It's a kind of contract where the profit is divided between the contractor and the investor.

□ Yasrebi, S.A.M., (2023)., Dynamics of Islamic Jurisprudential Rules in the Justification, Modification, and Completion of Banking Transactions. *Journal of New Issues in Islamic Jurisprudence*, 1 (2) 279-291. <https://doi.org/10.22091/RCJL.2023.9858.1027>.



پویایی قواعد فقه در توجیه، تصحیح و تکمیل معاملات بانکی

سیدعلی محمد یثربی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۷/۱۲ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۵ | تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۱۱

چکیده

این تحقیق ضمن مفروغ عنه گرفتن کارکرد قواعد فقه، کاربرد برخی از آن‌ها را در بانکداری اسلامی با استدلال متوسط در بوته تجربه و بررسی قرار داده است. این نوشتار، به موضوعاتی مانند قاعده کل قرض جر منفعه فهو ربا، قاعده صحت، کاربرد «ممنوعیت اکل مال به باطل» در عقود بانکی، قاعده «مقبوض به عقد فاسد» و کاربرد آن در عقود بانکی، کاربرد قاعده «نفي غرر» در عقود بانکی و آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، قاعده «العقود تابعه للقصد» و کاربرد آن در قراردادهای بانکی، کاربرد «المؤمنون عند شروطهم» در عقود بانکی و قاعده «استیمان» و کاربردهای بانکی آن پرداخته و میزان پوشش دهی در قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه را مطالعه کرده و در مجموع به نتایجی رسیده است.



واژگان کلیدی: بانک، اسلامی، قواعد، فقه، کاربرد.

* عضو هیئت علمی دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران | myasrebi@ut.ac.ir

□ یثربی، سیدعلی محمد. (۱۴۰۲). پویایی قواعد فقه در توجیه، تصحیح و تکمیل معاملات بانکی، پژوهش‌های فقهی

مسائل مستحدثه، ۱(۲)، ۲۹۲-۲۸۰. <https://doi.org/10.22091/RCJL.2023.9858.1027>

مقدمه

بررسی قواعد فقه دارای کاربرد در معاملات بانکی، هم کارایی و پویایی قواعد فقه را در معرض نظر و عمل پژوهش‌گران، مجریان و کاربران قرار می‌دهد و هم تکلیف معاملات را از حیث قرب و بعد با موازین و ضوابط موجود در این قواعد روشن می‌کند. در اهمیت این رویکرد همین بس که اقتصاددان آشنا با فقه، می‌داند که بدون شناخت و استفاده صحیح از قواعد نمی‌توان به نظام بانکی و ابزارهای مالی سازگار با روح و احکام شریعت اسلامی در مورد اقتصاد دست یافت.

این نوشتار، ظرفیت بررسی خود قواعد فقه را ندارد، اما ضمن مفروغ عنه گرفتن قواعد، نمونه‌هایی از شمول یا عدم شمول قواعد را در عقود مشارکت و مضاربه و دستورالعمل فروش اقساطی در معرض دید قرار داده است.

الف) قاعده «کل قرض جر منفعه فهو ربا»

کاربرد در قراردادهای بانکی:

بانک دارای دو نقش اصلی است: تجهیز منابع و تخصیص منابع.

در تجهیز پول را از مردم می‌گیرد. بدین صورت که سپرده‌گذار مبلغی را به‌عنوان قرارداد قرض در اختیار بانک قرار دهد و بانک هم بهره‌ای را در مدت‌زمان مشخص یا به‌صورت اقساطی او قرار می‌دهد و در تخصیص هم که بانک مبالغی را به متقاضی می‌دهد و قرض‌گیرنده مبلغ مازادی بر اصل آن هنگام سررسید به‌صورت اقساطی یا دفعی به بانک بازپرداخت می‌کند.

کاربرد این قاعده هر نوع زیاده یا منفعتی است که به‌صورت شرط ضمن عقد قرض باشد. زیاده یا در مقدار است یا در وصف. وقتی مقرض پولی را قرض می‌دهد و مقدار بیش‌تری از آن را در قالب شرط پس می‌گیرد، زیاده در مقدار است و هنگامی که کالای شکسته یا کوچکی به قرض داده می‌شود و شرط می‌گردد که در سررسید کالای بزرگ‌تری را پس دهد، عنوان زیاده در صفت دارد. در لسان فقها، از زیاده در مقدار، به زیاده حقیقی و از زیاده در وصف، به زیاده حکمی تعبیر می‌شود.

آیا هر نوع زیاده موجب تحقق ربای فرضی است؟ بسیاری از فقها مطلقاً زیاده را چه در عین، چه در صفت، مصداق ربای فرض حرام می‌دانند. برخی نیز قائل به تفصیل شده‌اند. (نجفی، ج ۲۵، ص ۱۰؛ کلینی، ج ۵، ص ۲۵۴)

توافق قبلی بدون تصریح درست عقد روی مبلغ زیادی نیز جایز نیست؛ چون فرض بر اساس آن واقع شده است (امام خمینی، ج ۱، ص ۶۵۱) ولی در صورتی که قرض دهنده می‌داند که قرض گیرنده آخر سر با رضایت خود چیزی اضافه به او می‌دهد، مباح است؛ اما نزد خداوند ثوابی ندارد. (حر عاملی، ج ۱۲، ص ۴۷۷، ح ۴ و ص ۴۵۴، ح ۱)

زیاده برای شخص ثالث نیز حرام است - چه پول نقد باشد، چه کاری که مستلزم هزینه مالی است؛ چنان که صحیح محمد بن قیس به آن ناطق است. (حر عاملی، ج ۱۲، ص ۴۷۷، ح ۴ و ص ۴۵۴، ح ۱)

اگر قرض دهنده شرط کند که قرض گیرنده چیزی را نزد قرض دهنده رهن بگذارد یا فردی را به عنوان ضامن یا کفیل معرفی کند، چنین شرطی هر چند به مصلحت قرض دهنده است، ربا و حرام نیست؛ چون تعیین کننده اصل بدهی است و نفعی برای قرض دهنده ندارد. آری اگر وام دهنده شرط کند که از شیء به رهن گذاشته شده استفاده نماید، ربا و حرام است؛ اما بدون شرط و در صورت رضایت صاحب رهن اشکالی ندارد.

روایت وارده را ملاحظه کنید:

«عن محمد بن مسلم، قال: سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض عن الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إما خادماً وإما آتية وإما ثياباً. فيحتاج الى شيء من منفعتهم فيستأذنيه فيأذن فيه قال: "إذا طبأبت نفسه لا بأس"»

محمد مسلم می‌گوید:

"از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که از کسی قرض می‌گیرد و خادمی یا ظرفی یا لباسی را نزد وی رهن می‌گذارد؛ بعد قرض دهنده به چیزی از منافع رهن احتیاج پیدا می‌کند، پس از صاحب رهن اجازه می‌گیرد و او اجازه می‌دهد."

امام صادق (ع) فرمودند: "اگر صاحب رهن راضی باشد، اشکالی ندارد." (حر عاملی، ج ۳، ص ۱۰۴، ح ۴)

ب) قاعده صحت

قاعده صحت عبارت است از حمل بر صحت و درست نمودن، جایی که در صحت یا فساد قراردادی تردید می‌شود. این قاعده در اعمال فردی و نیز در عبادات کاربرد دارد، اما در اینجا حمل بر صحت نمودن معاملات بانکی است.

یکی از ویژگی‌های بارز قراردادهای بانکی سرعت تحول آن در بازارهاست. بازار پول، شاهد تغییرات در اصل قراردادهای و نیز شیوه اجرایی آنهاست. دائماً نوع قراردادهای تغییر می‌کند. اگر اصاله الصحه را مبنا قرار دهیم، همه قراردادهای نوپدید تا زمانی که مخالف اصول و ضوابط عمومی عقود نباشد، تلقی به قبول خواهد شد؛ درحالی که اگر پای این اصل و قاعده در میان نباشد، همه قراردادهای جدید محل بحثند و قابل ترتیب اثر نیستند. در این صورت درست است که صاحب‌نظران پول و بانکداری با رعایت این اصل و رعایت ضوابط و شرایط عمومی عقود مسائل نوپدید را بررسی و تأیید می‌کنند، با ضمانت‌های بانکی که امری نوپدید است و با عقد ضمان تطابق ندارند چه باید کرد؟ چون وجود دین بر ضمانت از بابت آن مقدم است و باید محقق شده و علی‌الاصول از عهده مضمون عنه مستقل به عهده ضامن شود، خوب شرایط ضمان متعارف فراهم نیست و به اصطلاح عقدی مستحدث است که در صورت معهودیت عرفی، بتواند مصداق وفای به عقد باشد و تأیید گردد؛ چنان که در قراردادهای وثیقه بانکی که به اعتقاد برخی چون شرایط رهن را ندارد، در وضعیت عادی نمی‌تواند از قانون رهن پیروی کند؛ بلکه قراردادی جدید است که بر اساس اصل صحت قراردادهای بتواند محکوم به صحت باشد.

در فروش اقساطی زمانی که مشتری بانک با کارت اعتباری بانک، کارت را روی دستگاه کارت‌خوان می‌کشد، دو معامله پشت سرهم رخ می‌دهد. اول به وکالت از طرف بانک برای بانک خریداری می‌کند و بعد به‌طور اقساطی از خودپرداز بانک کالای موردنظر را می‌

خرد. این شکل از فروش اقساطی، پدیده جدیدی است که با معهودیت عرفی به عنوان قرارداد جدید با اصل صحت قراردادها توجیه و تصحیح می‌شود.

مدل عملیاتی سرمایه شناور که دو طرف روی حداقل و حداکثر سرمایه به توافق می‌رسند، آنگاه با هر واریز یا برداشتی مقدار سرمایه مضارب و سهم الشرکه در مشارکت مدنی تعیین می‌شود. این روش نوپدید را نیز با اصل صحت توجیه و تصحیح می‌کنند.

در تمام موارد باید اهلیت متعاملین و مالیت و ملکیت و طلق بودن عوضین و نیز ضوابط خود عقد مثل بری بودن از اکل مال به باطل، ضرر غرر، قمار و ربا ثابت باشد.

ج) کاربرد «ممنوعیت اکل مال به باطل» در عقود بانکی

ممنوعیت اکل مال به باطل، یکی از قواعد زیربنایی معاملات است. موضوع مالیت ندارد یا منفعت حلال ندارد یا موجب تضییع حق دیگران می‌گردد؛ همراه با ضرر و زیان است یا همراه با غرور و فریب است. موارد فساد و فحشا و لغو و لهو و امثال آن که در معاملات بانکی اتفاق بیفتند، معامله بانکی را مخدوش می‌کند. مصادیق اکل مال به باطل عبارتند از:

۱. واگذاری کالا یا خدمتی در قبال فاکتور صورتی؛ مثلاً بانک مالک سود دریافتی نشده و تصرف در آن تصرف در مال غیر است.
۲. اعطای تسهیلات برای خرید کالای حرام مثل شراب و یا خدمت حرام مثل سقط جنین و ناباروری که سود دریافتی به ملکیت تسهیلات دهنده در نمی‌آید.
۳. اعطای تسهیلات در قراردادهای مباحه فروش اقساطی و جعاله بانکی که موضوع معامله حرام باشد، مثل فساد و فحشا و آلات لغو و لهو و شهوت‌رانی و آلات قمار و دایر کردن اماکن فسق و فجور؛
۴. تسهیلات مضاربه‌ای برای واردات و تجارت داخلی کالاهای حرام؛
۵. فروش اقساطی و جعاله افزودن بر بدهی در قبال تمدید مدت بدهی.

د) قاعده «مقبوض به عقد فاسد» و کاربرد آن در عقود بانکی

فساد عقد گاهی از خود عقد است یا طریق عقد یا عدم اهلیت طرفین یا عدم قصد یا معلوم نبودن موضوع عقد فاسد است و چه بین دو نفر باشد و چه بین شخص و بانک، تفاوتی نمی‌کند؛

چنان که شروط فاسد مفسد نیز علت دیگر بطلان عقد است. در مثال در عقد بیع فاسد مشتری ضامن کالای تحویلی و بایع ضامن ثمن تحویلی خواهد بود. در قرارداد جعاله با این که قول مشهور به ایقاع بودن آن است، مشمول عنوان قاعده است و در قرارداد اجاره، اگر کالا قابلیت اجاره را نداشته باشد، یا در مشارکت مدنی پول بانک در مورد مشارکت مصرف نشود و امثال آن، قاعده مایضمن جاری خواهد شد.

ه) کاربرد قاعده «نفي غرر» در عقود بانکی و آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا

متصدیان بانک باید ارکان اصلی قرارداد اعم از متقاعدين موضوع معامله مانند سهم الشرکه طرفین از سرمایه و کیفیت تقسیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی، موضوع اجاره و مبلغ اجاره‌بها در قرارداد اجاره به شرط تملیک را به مشتریان به خوبی تفهیم کنند تا معامله از غرری شدن محفوظ بماند.

در مورد قاعده غرر، باید مواد و بندها و تبصره قراردادها بررسی و به آن دقت گردد تا قراردادها به صورت غرری منعقد نشود. در حالی که به سایر قواعد فقهی به طور کلی دقت شده، به طور طبیعی با موارد مجاری منطبق و مجری می‌شوند. ملاحظه کنید:

مشارکت در بانک مرکزی:

ماده سوم عقد مشارکت مدنی مورد ابلاغ بانک مرکزی مربوط به مبلغ مشارکت سهم الشرکه بانک و درصد مشارکت است؛ چراکه مشخص نبودن آن‌ها موجب غرری شدن معامله می‌شود.

در ماده ۴ تصریح شده که بانک و شریک، موافقت کردند بانک سهم الشرکه خود را به حساب مشترک نزد بانک واریز کند. با توجه به این که ممکن است آورده شریک غیرنقدی باشد، آن وقت واریز آن به شخص وجهی ندارد. برای شفافیت و غرری نشدن موارد غیرنقدی نیز باید تصریح تقویم و اندازه‌گیری شود. در ماده ۱۷ و در تبصره ماده ۵ نیز برای ناظر به پرهیز از قاعده غرر است.

در ماده ۲ قرارداد مضاربه بانک مرکزی موضوع قرارداد به منظور افزایش شفافیت قرارداد تبیین شده است تا معامله مبتلا به غرری شدن نگردد.

در ماده ۳ نیز به تعیین مبلغ تسهیلات و نحوه بازپرداخت تسهیلات پرداخته است. در ماده ۱۹ نیز به منظور تضمین حسن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، مقرر شده است که متقاضی وثیقه ارائه دهد. در این ماده برای افزایش شفافیت قرارداد و جلوگیری از غرر، مشخصات کامل وثایق و وثیقه گذاران کامل و دقیق درج می شود.

(و) قاعده «العقود تابعه للقصد» و کاربرد آن در قراردادهای بانکی

بنای این نوشتار بر این است که صرفاً در باب رابطه عقود و کاربرد بانکی آن باشد؛ اما به دلیل اهمیت نحوه قصد و آثار معنوی توضیح می دهیم.
قصد دارای دو وجه است:

۱. تحقق اصل قصد

از جمله شرایط متعاقدين این است که طرفین عقدی را که در اول بر زبان می آورند، قصد کنند؛ بلکه در تحقق مفهوم عقد امری مقبول است؛ بنابراین بدون قصد لفظ و به قصد معنا عقد واقع می شود؛ لذا عقد غافل و نائم و غالط و هازل و سکران واقع نمی شود. معنای تبعیت این است که برای تابع بدون متبوع موجودیتی متصور نیست.

۲. عقد تابع قصد است

به این معنا که عقد محتاج موجب و قابل و عوض و معوض است و بعد از حصول این ارکان، هر عقدی اثر خاص خود از تملیک و منفعت و مانند آن را دارا می شود.

به اعتبار دیگر عقد دارای سه مرحله است:

۱. مرحله اول قصد ارکان؛

۲. مرحله دوم قصد متعلق؛

۳. مرحله سوم قصد احکام.

در مرحله اول و دوم، عقد تابع قاصد است و در مرحله سوم، قصد تابع عقد است. هر عقدی را اراده کرده، به مجرد اصل قصد و ارکان و متعلق عقد، احکام آن دنبال خواهد آمد.

تبعیت عقد از قصد در احکام معتبر نیست، بلکه ادله برای عدم لزوم قصد آن ها در حال

عقد است. این را از این جهت یادآوری کردیم که برخی از افاضل آورده‌اند که در موقع عقد قراردادهای بانکی طرفین باید تمام جزئیات عقد را قصد کنند. آنچه لازم است، اصل قصد و قصد ارکان و متعلق است، نه همه احکام.

ادله عدم عبارتند از:

۱. اجماع قطعی اصحاب بر عدم اعتبار آن؛ چون عنوان عقد اسم ماهیت عقد و ارکان آن است که باید قصد لفظ و معنا شود، نه لزوماً احکام آن.
۲. قیام سیره قطعی مسلمانان از دیرزمان تا کنون، بر عدم قصد احکام در عقود و ایقاعات بوده است. بالاتر از آن احکام عقود و ایقاعات آن قدر زیاد است که فقیه هم به تمامی آن اطلاع و حضور ذهن ندارد.

۳. اطلاق ادله به ترتیب این احکام بدون قید علم و قصد است.

۴. احکامی که در اصل شرع معنا شده است. در این گونه احکام قصد تابع عقد است نه عقد تابع قصد. (یثربی، ۱۳۹۸، ص ۳۴)
- اما کاربرد:

عقود بانکی یک اقدام فقهی و حقوقی است که طرفین عقد یعنی بانک و مشتری باید هم در مرحله قصد و هم مرحله عمل، احکام آن را رعایت کنند. چگونه بانک به عنوان شخصیت حقوقی و در نقش یکی از متعاملین به انشای قرارداد پردازد. بسیاری از فقهای معاصر وجود شخصیت حقوقی را پذیرفته و معاملات و دیگر امور مربوط به آن‌ها را تصحیح کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ص ۳۳۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۴۳)

کارمند بانک به نمایندگی از مسئولان بانک، به انعقاد عقد با مشتری اقدام می‌کند و مشتریان، طرف قرارداد رئیس یا کارمند بانک به عنوان نماینده شخصیت حقوقی بانک هستند.

ز) کاربرد «المؤمنون عند شروطهم» در عقود بانکی

تجهیز و تخصیص به عنوان دو نقش مهم بانکی، در سایه عقود به نتیجه می‌رسد. بسیاری از توافقات به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد گنجانده می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت: قاعده "المؤمنون عند شروطهم" یکی از پرکارترین قواعد است.

شروط یا فاسدند یا مفسدند و یا صحیح.
شروط صحیح بر سه نوع است:

۱. شرط صفت

در شرط صفت باید مورد معامله عین خارجی باشد و شرط حاوی صفتی از صفات مورد معامله باشد. کمی باشد یا کیفی، تفاوتی نمی‌کند.

۲. شرط فعل

شرط فعل آن است که در ضمن عقد، انجام یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملین و یا بر شخص خارجی شرط شود.

۳. شرط نتیجه

شرط نتیجه یا شرط غایت آن است که شرط تحقق امری در خارج شود. شرط نتیجه در صورتی است که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد که نفس اشتراط حاصل می‌گردد و گرنه حاصل نمی‌شود. (یثربی، ۱۳۹۸، ص ۹۲)

مشارکت مدنی و شروط ضمن عقد

شروط تحمیلی یک طرفه، یکی از آسیب‌های جدی اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران است. البته ممکن است در حد اکراه به معنای فقهی حقوقی آن نباشد. حداقل در مقبولیت بانک و اعتبار و سرمایه اجتماعی تأثیر سوء خواهد گذاشت و موجب ناکارآمدی بانک خواهد شد. بانک می‌کوشد ریسک عقود مشارکتی را از راه شروط ضمن عقد پوشش دهد، چون اطلاعات درستی از مشتری و کارکرد و اعتبار تجاری او ندارد. این ریسک‌پذیری را می‌توان از طریق امین خبره یا تسهیلات اتحادیه‌ای جبران نمود. شروط در عقد شرکت دو گونه‌اند:

۱. شرط جبران ضرر

فقها شرط پرداخت جبران ضرر را پذیرفته‌اند. در این که به صورت شرط فعل باشد یا شرط نتیجه محل اختلاف نظر است. اگر شرط شود کل ضرر برای یک نفر باشد، شرکت باطل نیست چون ضرر جزء مقتضای عقد نیست.

۲. شرط پرداخت سود

اگر شرط شود کل سود برای یک نفر باشد، شرکت باطل است؛ چون خلاف مقتضای عقد است؛ اما اگر شرط شود کل ضرر برای یک نفر باشد، شرکت باطل نیست. (موسوی خمینی، بی تا، ج ۵، ص ۲۸۶)

در ماده ۶ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی و در ذیل تبصره ماده ۷ و در مواد ۱۱، ۱۳، ۱۶، ۱۸ و مواد ۲۲-۲۵، نکاتی هست که از نظر برخی اقتصاددانان فقه آشنا، محل کلام است که خود موضوع مقاله‌ای مختص است. (برای مطالعه بیش تر نک. موسوی خمینی، ج ۱، ص ۲۸۶، ح ۵)

در میزان تطابق مواد یادشده با موازین شرط در فقه از نظر اقتصاددانان فقه آشنا، تعلیقاتی است که از حوصله این نوشتار خارج است. (برای مطالعه بیش تر نک. نظرپور، ۱۳۹۷، ص ۱۳۸-۱۳۰)

ح) قاعده «استیمان» و کاربردهای بانکی آن

فرد امین تا زمانی که بر امانت‌داری خویش باقی است، اگر آنچه در ید و تصرف دارد، بدون تعدی و تفریط تلف شود، ضامن نیست. مثل ید عدم ضمان و دعوی و دلال و مرتهن و شریک و عامل مضاربه و مستعیر و عامل مزارعه و مضاربه و مستعیر و مساقات و عین مستأجره و وکیل و یابنده مال گمشده همه و همه امین مالی هستند. در صورتی که بدون تعدی و تفریط مال در دستشان تلف شود، ضامن نخواهند بود. (یثربی، ۱۴۰۰، ص ۷۲)

این قاعده در قراردادهای بانکی نیز کاربرد دارد و در حکم ضمان یا عدم ضمان باید مطابق آن عمل شود.

در قرارداد مشارکت مدنی بند ۲ ماده ۱۳ آمده است:

«شریک مسئول جبران ضرر و زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت خواهد بود».

حسب قاعده استیمان، شریک در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن نیست. استناد و انتساب ضرر به او موجب مسئولیت جبران خسارت است؛ اما این شرط به صورت مطلق و در

پویایی قواعد فقه در توجیه، تصحیح و تکمیل معاملات بانکی | ۲۸۹

فرض عدم تعدی و تفریط ضامن دانسته است. ماده ۱۱ و ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از نظر انطباق محل کلام است. همین ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی نیز از این جهت محل آمده است.

منابع

- قرآن کریم.
۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *وسائل الشیعه*، قم: آل البیت.
 ۲. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۲)، *جامع الاحکام*، قم: دفتر مرجعیت.
 ۳. طریجی، فخرالدین بن محمدعلی (۱۴۱۶)، *مجمع البحرين*، تهران: مرتضوی.
 ۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، *کافی*، تهران: دارالکتاب.
 ۵. مراغی، عبدالقادر (۱۴۱۷)، *عناوین الاصول*، قم: نشر اسلامی.
 ۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۹)، *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
 ۷. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۲)، *کتاب البیع*، قم: اسماعیلیان.
 ۸. موسویان و دیگران (۱۳۸۱)، *دیار*، قم: بوستان کتاب.
 ۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۱۵)، *جواهرالکلام*، بیروت: بی‌نا.
 ۱۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷)، *عوائد*، قم: نشر اسلامی.
 ۱۱. نظرپور، محمدتقی و فرشته ملاپور (۱۳۹۷)، *کاربرد قواعد فقه در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی*، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
 ۱۲. یشربی، سیدعلی محمد (۱۳۹۶)، *فقه ضمان قهری و حقوق خصوصی جزایی و عمومی*، تهران: دانشگاه تهران.
 ۱۳. یشربی، سیدعلی محمد (۱۳۹۸)، *قواعد فقه استدلالی جامع*، تهران: میزان.

References

- The Holy Quran.
- Hur Ameli, M. bin H. (1409 AH). *Vasāil al-Shia*. Qom: Al al-Beyt Publishing House.
- Safi Golpayegani, L. (1412 AH). *Jāmi al-Ahkām*. Qom: The Office of Ayatollah Safi Golpayegani.
- Tariji, F. bin M. A. (1416 AH). *Majma al-Bahrein*. Tehran: Mortazavi Publication.
- Kuleini, M. bin Y. (1407 AH). *Kāfi*. Tehran: Dar al-Kitab.
- Maraghi, A. Q. (1417 Ah). *Anāwīn al-Uṣūl*. Qom: Islamic Publishing House.
- Makarem Shirazi, N. (1379 AH). *al-Qisas al-Fiqhiyyah*. Qom: Academy of Imam Ali bin Abi Talib (AS).
- Mousavi Khomeini, R. (1412 AH). *Kitāb al-Bai'*. Qom: Ismailian Publication.
- Najafi, M. H. (1415 AH). *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Institute for the Cultural Revival of Islamic Traditions.
- Naraghi, A. bin M. M. (1417 AH). *Awāid*. Qom: Islamic Publishing House.
- Nazarpour, M. T., & Mollapour, F. (2017). *Application of Islamic jurisprudential rules in a sample of banking contracts*. Tehran: Research Institute of Finance and Banking.
- Yasrebi, S. A. M. (2016). *Jurisprudence of forced guarantee in public and private criminal law*. Tehran: University of Tehran.
- Yasrebi, S. A. M. (2019). *Comprehensive Argumentative Jurisprudence Rules*. Tehran: Mizan.