

«بطلان سود بدون عهده» در

بازارهای مالی اسلامی

جعفر جمالی*

سهیلا نایبی**

چکیده

بطلان ربح ما لم یضمن (سود بدون عهده) قاعده‌ای است اصطیادی که برگرفته از حدیث نبوی (ص) و به معنای بطلان سود در رابطه‌ای است که سود برنده هیچ نوع تعهد یا ضمانتی در آن رابطه ندارد. از مصادیق روشن این قاعده، سود بردن از طریق قرض ربوی است. با بررسی مجموعه قواعد و احکام فقهی به این حقیقت دست می‌یابیم که پول یا هر مال «که مالکیت به آن تعلق می‌گیرد» هرگاه به‌عنوان قرض به‌شرط تضمین اصل و سود در اختیار شخصی قرار گیرد، از دایره تولید، نفع و سودآوری خارج شده است، زیرا اصل پول تضمین شده و هرگاه سرمایه‌ای تضمین شده باشد، سود مشروع به همراه ندارد. در قراردادهای مضاربه و شرکت نیز سرمایه، تضمین نشده و اگر خسارتی در خرید و فروش پدید آید، خسارت متوجه سرمایه و سرمایه‌دار است. از این رو، بسیاری از فقها گفته‌اند در مضاربه اگر مالک سرمایه شرط کند که خسارت بر عهده مالک نباشد مضاربه باطل است. این قاعده کاربردهای مهمی در ابواب متعدد از فقه معاملات، نظریات اقتصادی و بازارهای مالی دارد و هرکجا که سود و عایدی ناشی از رابطه بدون ضمانت و ناشی از عدم به‌کارگیری در فعالیت‌های اقتصادی (کار) باشد این سود شبهه ربوی دارد. لذا چنانچه در سپرده‌های بانکی، سود پرداختی به سپرده‌گذار از طریق به‌کارگیری سرمایه در عقود اسلامی حاصل نشده باشد و یا چنانچه سود پرداختی به صاحبان اوراق مشارکت و یا صکوک ناشی از سود واقعی طرح نباشد، پرداخت سود با روح مشارکت منافات خواهد داشت.

واژگان کلیدی

سود بدون عهده، ربح، ضمان، بازارهای مالی اسلامی، بانکداری اسلامی، اوراق منفعت، سپرده بانکی.

* دکترای حقوق خصوصی، مدیر گروه پژوهشی حقوق خصوصی و اقتصادی معاونت پژوهش‌های حقوقی مرکز تحقیقات استراتژیک، مدیر گروه حقوق بین‌الملل و عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی

Email: jafar.jamali@gmail.com

Email: soheilanayebi@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱۵

فصلنامه راهبرد / سال بیست و چهارم / شماره ۷۶ / پاییز ۱۳۹۴ / صص ۲۱۳-۱۹۵

جستار گشایی

متون اسلامی ناظر به مکاسب و فقه‌المعاملات برای این است که روابط اقتصادی میان افراد با صداقت و درستی انجام پذیرد و مصالح فردی و اجتماعی تأمین شود. احکام و قوانین ارائه‌شده در حقوق اسلامی به‌ویژه در باب کسب و تجارت با بنای عقلا و خرد اقتصادی همراه است و معیاری برای شناسایی معاملات صحیح از فاسد است. فقه و حقوق اسلامی، اقتصاد و کسب‌وکارهای تجاری را به‌سوی گردش صحیح ثروت و انجام کار مولد اقتصادی و خلق ارزش سوق می‌دهد. ضوابط و قواعد فقهی در جهت آن است که افراد از معاملات حرام، ربوی و مضر برای جامعه اجتناب ورزند. حقوق اسلامی، سرمایه‌گذاری و درآمد سالم و پاک را ارزش می‌داند و کسب سود ناشی از سرمایه‌گذاری و تجارت غیر مولد را ممنوع. به‌عنوان نمونه در حقوق و اقتصاد اسلامی در خصوص شرایط کسب مشروع چنین مقرر شده است که اولاً باید محصول کار و فعالیت شخص باشد و ثانیاً جنبه استثمار نداشته و اکل مال به باطل نباشد.

با عنایت به اینکه معاملات و مراودات اشخاص در دنیای کنونی تنوع و گستردگی فراوانی یافته و نظام مالی و بانکی بخش قابل توجهی از گردش ثروت را برعهده‌گرفته است، تحلیل قواعد و ضوابط حقوق اسلامی ناظر بر معاملات مالی و به‌ویژه موضوع قاعده «بطلان ربح مال م یضمن» (بطلان سود بدون عهده) در معاملات اقتصادی و بازارهای مالی اهمیت ویژه‌ای می‌یابد.

۱. ماهیت «بطلان سود مال م یضمن»

در ابتدا به بررسی مفاهیم لغوی قاعده بطلان ربح مال م یضمن می‌پردازیم. سپس به این پرسش پاسخ می‌دهیم که آیا می‌توان بطلان سود بدون عهده را قاعده فقهی دانست؟ در ادامه مفهوم کلی قاعده مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و درنهایت به بررسی مبانی و منابع آن می‌پردازیم.

۱-۱. قاعده فقهی

قاعده در اصطلاح علمی عبارت است از یک امر کلی که تمام جزئیات خود را شامل می‌شود (ابن منظور، ۱۳۶۳: ۳۲؛ طریحی، بی‌تا: ۱۳۱؛ نفیسی، ۱۳۵۵: ۲۶۱۱ و محقق داماد، ۱۳۸۰: ۲۱). واژه فقه نیز در لغت به معنای فهمیدن و دانستن هر چیزی است و در اصطلاح بر مجموعه احکام شرعی اطلاق می‌شود. قاعده فقهی فرمولی کلی برای استنباط احکام شرعی فرعی است. قاعده فقهی دو ویژگی دارد یکی اینکه حکمی کلی است و عمومیت دارد و دیگر اینکه شرعی است، یعنی شارع مقدس آن را بیان داشته است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۲۱؛ محمدی، ۱۳۸۲: ۱۴). در تعریف قاعده فقهی از واژه حکم شرعی استفاده شده است. سؤال این است که حکم شرعی چیست؟ در پاسخ باید گفت: هر قانونی که واضع آن خداوند بوده و به‌وسیله رسول خدا(ص) ابلاغ و اعلام شود حکم شرعی نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی،

(۱۳۸۱: ۲۴۵).

در مقام بررسی قاعده «بطلان ربح ما لم یضمن» برای اثبات این امر لازم است نخست قاعده بودن و در مرحله بعد فقهی بودن آن ثابت شود. برای اثبات نکته اول از منطق مدد می‌گیریم.

الف) «قاعده» است

صغری: حدیث نبوی بطلان ربح مالم یضمن به‌طور عام و کلی بیان شده و قابل تطبیق بر جزئیات خود است.

کبری: بیان عام و کلی که قابل تطبیق بر جزئیات خود باشد، قاعده است.

نتیجه اینک: حدیث نبوی ربح مالم یضمن، قاعده است.

ب) قاعده «فقهی» است

برای اثبات نکته دوم ناگزیر باید مقایسه‌ای بین قاعده فقهی و مسئله اصولی از طرفی و مسئله فقهی از طرف دیگر صورت گیرد.

قاعده فقهی حکم کلی عملی است و استعداد آن را دارد که با کار عملی مردم تطبیق داده شود (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۲۷). برای مثال قاعده نفی عسر و حرج که مصادیق فراوان دارد وظیفه شهروندان را در نکاح، طلاق، بیع، اجاره، قرض و ... معین می‌کند و آنان را از آثار و عواقب ناشی از عسر و حرج رها می‌سازد. به نظر می‌رسد «بطلان ربح مالم یضمن» را نیز که در باب بیع، مضاربه، اجاره و ... کاربرد دارد بتوان قاعده فقهی دانست. تفاوت در این است که اگر آن را قاعده بدانیم، به‌صرف قاعده فقهی بودن، حکم جزئیات و مصادیق آن دریافت می‌شود، اما چنانچه مسئله اصولی باشد حکم عملی جزئی آن بدون مدد از علوم دیگر برای تشکیل قیاسی منطبق بر مصادیق امکان‌پذیر نیست. در نتیجه قاعده فقهی اصالتاً حکم شرعی است و از همان ابتدا تکلیفی برای مکلف است، در حالی که قاعده اصولی خود نه حکم شرعی بلکه ابزاری برای رسیدن به حکم شرعی است. پس اگر گفته شود تنها صیغه امر ظهور در وجوب دارد، این بیان خود یک حکم شرعی و تکلیفی برای مکلف نیست و با عمل فاصله دارد. در نتیجه چنین استدلالی، بطلان ربح مالم یضمن قاعده اصولی نیست، چون دستور روشن شارع بر کار مردم است و یک حکم شرعی است، نه صرف ابزار استنباط حکم شرعی.

«بطلان ربح مالم یضمن» مسئله فقهی نیز نیست چون موضوع آن فقط در یک مصداق و در یک مورد منحصر نیست، بلکه متعدد است و در باب معاملات و مصادیق متعدد کارآیی دارد. لذا اگر صدور حکم به‌طور خاص و جداگانه برای هر یک از آن مصادیق، مسئله فقهی تعریف شود قاعده فقهی از مسائل متعدد فقهی تشکیل شده است؛ و «بطلان ربح مالم یضمن» از نوع اخیر است.

۱-۲. مفهوم قاعده

قاعده مورد بحث، بر منع ربای قرضی دلالت دارد. هنگامی که وام‌گیرنده سرمایه‌ای را از وام‌دهنده قرض می‌کند، آن سرمایه از مالکیت قرض‌دهنده خارج شده و به مالکیت قرض‌گیرنده وارد می‌شود. پس اگر مالک جدید در تجارت و مانند آن سود کند سود از آن او (قرض‌گیرنده) است. در عوض، چنانچه خسارتی پیش آید، این زیان متوجه اوست نه قرض‌دهنده و شخص اخیر از آن مال سودی نمی‌برد. عکس این قاعده هم صادق است به این معنا که اگر کسی مالی را ضمانت کند، هزینه‌ها و سود آن نیز به عهده اوست. این موضوع که سود با ضمانت تحقق می‌یابد، در حقوق اسلامی و در روایات مورد تصریح قرار گرفته است. چنان که در منابع فقهی اهل سنت نیز روایت «الخراج بالضمان» از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است. (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۴۴۰) هدف از سود در منابع اسلامی و بالطبع در موارد ذکر شده، سود حاصل از تجارت و معامله است، لذا گزاره نیست که با توجه به این قاعده ادعا کنیم که در بازارهای مالی اسلامی، سود و منفعت با تحمل مخاطرات، هزینه‌ها و ضمانت محقق می‌شود.

۱-۳. مبانی فقهی قاعده

اگرچه در کتب و منابع مشهور مربوط به قواعد فقه از قاعده «بطلان ربح مالم یضمن» نامی برده نشده است، اما حدیث نبوی مستند قاعده مورد بحث در بسیاری از کتب احادیث مندرج است. لذا مبانی فقهی و مستندات قاعده را به استناد روایات، سیره عقلا و سیره مسلمین بیان می‌کنیم. نویسندگانی که حدیث نبوی را مطرح کرده‌اند در خصوص مفاد و مصادیق حدیث اتفاق نظر ندارند لذا نمی‌توان از اجماع به‌عنوان مستند قاعده سخن گفت زیرا باوجود سیره مسلمین که برخی نویسندگان آن را «أرقی أنواع الإجماع» (مظفر، ۱۳۸۰: ۵۱۵) تلقی کرده‌اند، احتیاجی به استناد به اجماع باقی نمی‌ماند.

۱-۳-۱. آیات

آیه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلاً أن تكونَ تجارةً عن تراضٍ و منکم» (نساء: ۲۹) (مال یکدیگر را به باطل نخورید، مگر آنکه معامله‌ای از روی رضا کرده باشید). این آیه سنگ بنای مسائل مربوط به معاملات و مبادلات مالی در حقوق و بازارهای مالی اسلامی است و در تمام ابواب معاملات پایه استدلال فقیهان قرار می‌گیرد. شارع در آیه مزبور، عبارت «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» را به‌عنوان مقدمه‌ای برای نهی از تحصیل نامشروع ثروت و خوردن اموال مردم ذکر کرده است و این آیه مستند نهی از هرگونه تجاوز، تقلب، غش، معاملات ربوی، معاملاتی که حد و حدود آنها کاملاً مشخص نباشد و همچنین خریدوفروش اجناسی که فایده منطقی و عقلایی ندارند، قرار گرفته است. ممنوعیت خریدوفروش وسایل و ابزار و آلات فساد و گناه نیز در تحت این قانون کلی قرار می‌گیرند.

هرچند تفسیرهای مختلفی در خصوص مفهوم باطل ارائه شده اما نظر برگزیده ظهور ممنوعیت مفهوم آیه است، زیرا باطل که به معنای زایل و از بین برنده است، همه مصادیق را در برمی‌گیرد.

پس آیه مذکور معاملات باطل، نامشروع و بدون مجوز را از مصادیق اکل مال به باطل می‌داند لذا ربح ما لم یضمن را می‌توان از مصادیق معاملات باطل به حساب آورد.

۱-۳-۲. روایات

عمده‌ترین و واضح‌ترین سند بر قاعده بطلان ربح ما لم یضمن حدیث نبوی است. این حدیث به همین صورت در کتب تفصیل وسایل الشیعه، المستدرک علی الصحیحین و در برخی کتب دیگر آمده که در ذیل به برخی از این روایات اشاره می‌کنیم.

الف «ان النبی (ص) قد نهی عن سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و عن ربح ما لایضمن و عن بیع ما لیس عندک» (حاکم نیشابوری، ۱۳۸۵) (پیامبر (ص) وام دادن و فروش و دو فروش در یک معامله و سود بدون عهده و فروشی که در نزد تو نیست را نهی کرده است).

ب) محمد بن أحمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن علی بن أسباط عن سلیمان بن صالح عن ابی عبداللّه (ع): «نهی رسول اللّه (ص) عن سلف و بیع و عن بیعین فی بیع، عن بیع ما لیس عندک و عن ربح ما لم یضمن». (حر عاملی، بی تا، ج ۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۱: ۴۸۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۴، ۵۳۱: ۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱: ۱۳۹؛ حکیم طباطبایی، ۱۳۷۱: ۳۹۸؛ احمدی میانجی، ۱۴۱۹، ۲: ۶۶۶؛ جزری، ۱۳۶۷، ۳: ۱۸۲؛ ابن منظور، ۱۳۶۳، ۲: ۴۴۳؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ۲۲: ۹۴۴) سلیمان بن صالح از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند: «پیامبر اکرم (ص) از فروش نقد و نسیه در یک معامله و از دو معامله (نسیه با دو مدت) در یک معامله و از فروختن آنچه مالک آن نیستی و از سود بردن در آنچه ضامن آن نیستی، نهی کرد». (اسماعیل تبار، ۱۳۸۸، ج ۲۳: ۱۳۷)

ج) محمد بن أحمد بن یحیی عن أحمد بن الحسن بن علی بن فضال عن عمرو بن سعید عن مصدق بن صدقه عن عمّار عن ابی عبداللّه علیه السلام قال: «بعث رسول اللّه (ص) رجلاً من أصحابه والياً فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله فانهم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ربح ما لم یضمن». (حر عاملی، بی تا، باب ۱۰ من أحكام العقود؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ب)، ۱۱: ۴۴۵؛ مجلسی، ۱۴۰۶ (الف)، ۹: ۳۴۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ۱۸: ۷۰۷؛ بروجردی، ۱۳۸۶: ۹۰۰؛ ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵، ج ۴۴۶: ۱) عمار از امام صادق (ع) روایت می‌کند که فرمود: پیامبر اکرم (ص) یکی از یارانش را به عنوان حاکم اعزام کرد و فرمود: «من تو را به سوی اهل خدا (یعنی اهل مکه) می‌فرستم، آنها را از فروختن آنچه تحویل نگرفته‌اند و از دو شرط (دو بها) در یک معامله و از سود بردن از آنچه ضامن آن نیستند، بازدار». (اسماعیل تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۷)

د) روی عمرو بن شعیب عن ابیه عن جدّه أن النبی (ص) حرّم ربح ما لم یضمن (حرام است

سود آنچه که ضامن آن نیستی) (ابن ماجه، ۲۰۱۰، ح ۲۱۸۸؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ج ۱: ۴۵۶).

۱-۳-۲-۱. بررسی سند روایت

سند روایت سلیمان بن صالح صحیح است. سلیمان بن صالح کاسب (گچ‌فروش) معروف و مورد اعتمادی بوده است. برای نمونه در کتاب جامع الرواة (الاردبیلی الغروی الحائری، ۱۴۲۸، ۱: ۵۰) عبارت «راوی کوفی که از امام صادق (ع) روایت کرده و ثقة است» در مورد وی به کار رفته است. هرگاه راوی ثقة و مورد اعتماد علمای بزرگ شیعه باشد و از او به راستگویی یاد شده باشد، خبری که نقل می‌کند و گفتارش موثق و مورد قبول بوده و به اصطلاح خبر وی حجت است (محمدی، ۱۳۸۲: ۱۷۶).

روایت دوم که از مستندات عمار است نیز تمام و کمال است.

در نتیجه حدیث نبوی به دلیل آنکه راوی آن سلیمان بن صالح (گچ‌فروش معروف و شخصی مورد اعتماد) بوده و با توجه به آنکه- بنا به دسته‌بندی عالمان- خبر واحد با شرایط پیش گفته در زمره احادیث دارای اعتبار و حجت قرار دارد، لذا روایت پایه قاعده بطلان ربح ما لم یضمن روایتی صحیح و معتبر است.

۱-۳-۳. بنای عقلا

بنای عقلا مبنای محکمی برای قاعده فقهی «بطلان ربح ما لم یضمن» است. همواره و در تمام دوره عرف و روش عقلا بر این بوده که صاحب مال باید منافع دارایی، خسارات و زیان آن را متحمل شود. چنانچه درآمد و سود ناشی از کار باشد و شخص، عهده و یا ضمانت آن را پذیرفته باشد، این درآمد نیز مباح و مورد حمایت است؛ اما ارزش و سودی که ناشی از کار یا رابطه مالکانه همراه با تضمین و پذیرش عهده و مخاطرات نباشد مورد نکوهش است.

۱-۳-۴. سیره مسلمین

در تمام ادوار مسلمین، شیوه متداول چنین بوده که سود در قبال عمل و یا تعهد و قبول مخاطرات متعارف کسب و کار قرار گیرد: به همین دلیل سود حاصل از قرض (به دلیل عدم انجام عمل یا عدم وجود عهده و مسئولیت یا پذیرش مخاطرات معمول تجاری) ربوی است. مسلمانان از انجام معاملات ربوی و قرض همراه با شرط استرداد اصل و سود، خودداری کرده‌اند. این سیره شرایط حجیت سیره مسلمین را دارد، زیرا هم سیره مورد نظر در عمل در بین مسلمین جاری است و هم اصحاب پیامبر بدان عمل می‌کرده‌اند. در عصر ائمه نیز سیره چنین بوده و مردم بدان عمل نموده‌اند و در اعصار معصومان رایج بوده است. لذا می‌توان ادعا کرد که سیره فوق از شرایط حجیت برخوردار است و به‌عنوان مدرکی در کنار دیگر مدارک و مستندات، دلیل اثبات این قاعده است.

۱-۴. تحلیل عبارات روایت

با توجه به اینکه قاعده بطلان ربح ما لم یضمن، دربرگیرنده واژه‌های «بطلان»، «ربح»، «ما» و «لم یضمن» است و از طرفی هم در روایات، ربح ما لم یضمن مورد نهی قرار گرفته است، مناسب است به بررسی عبارات این قاعده پرداخته شود.

۱-۴-۱. معنای لغوی و اصطلاحی نهی

نویسندگان درباره اینکه حکم روایت بر بطلان دلالت دارد یا کراهت، اختلاف نظر دارند. هم‌راستا با معنای لغوی نهی که بازداشتن و منع کردن است (عمید، ۱۳۷۵، ۳: ۲۴۳۰). فقها می‌گویند چون در فعل منهی عنه مفسده‌ای نهفته و در نهی، کلمه «نباید» در تقدیر قرار گرفته است، مکلف نباید فعل منهی‌عنه را اتیان کند.

درباره اینکه نهی در سخن پیامبر اعظم (ص) دلالت بر فساد و بطلان معامله دارد یا خیر، فقها نظر یکسان ندارند. شیخ مرتضی انصاری در همین زمینه می‌فرماید: اگر متعلق نهی نفس معامله بود حکم به فساد منهی‌عنه می‌شود. نهی در معامله دو حالت دارد، گاهی نهی متوجه شرطی از شرایط صحت معامله است. در این صورت، نهی ارشادی است و موجب فساد و بطلان معامله می‌شود، مانند نهی از بیع با مجنون. گاهی هم نهی در معامله دلالت بر مبعوضیت (نفرت‌انگیزی بودن) عمل دارد، مثل نهی از بیع مصحف یا نهی از بیع در وقت اذان برای نماز جمعه (ابراهیم‌زاده، ۱۳۷۸: ۱۲۳).

با عنایت به این امر که نهی در حدیث نبوی مورد نظر بر نفس معامله وارد شده است، بنا به مراتب فوق حکم به فساد و بطلان معامله دارد، بدان معنا که متضمن هیچ‌گونه آثار مطلوب از جمله نقل و انتقال و غیر آن نیست. نه اینکه تنها بیانگر حکم تکلیفی باشد و عنوان کند که مکلف با انجام آن عمل، مرتکب فعلی حرامی شده است.

۱-۴-۲. ربح

واژه «ربح» در لغت معانی متعددی دارد و از جمله در مفهوم سود، کسب، سود پول، بهره پول به کار می‌رود (معطوف، ۱۳۸۷، ۱: ۶۹۲). از دیدگاه اسلام سود باید ناشی از حرکت و فعالیت باشد (جمشیدی، ۱۳۹۰: ۳۱). درآمد ناشی از به‌کارگیری سرمایه ملکی شخص در امور اقتصادی را در قالب انواع عقود- که مغایر موازین شرعی نباشد- سود گویند.

۱-۴-۳. «ما»

در این قاعده «ما» به معنای «هر آنچه»، مای موصوله است و افاده عموم می‌کند. لذا «قاعده بطلان ربح ما لم یضمن» از اقسام عام افرادی و یا استغراقی است؛ زیرا حکمی که به آن تعلق گرفته، به‌طور مستقل به هر یک از افراد و مصادیقش تعلق می‌گیرد و در حقیقت به شمار افراد و مصادیق آن، حکم وجود دارد. چنان‌که از صله موصول (لم یضمن) به دست می‌آید، هر

چیزی که ضمانت نشده باشد در معنای عام حدیث وارد است و دلیلی بر خروج هیچ‌یک نیست.

۱-۴-۴. «لم یضمن»

ضمان از ریشه ضمن در لغت به معنای پذیرفتن است (دهخدا، ۱۳۶۴، ۲۳: ۶۴) و در اصطلاح فقها همان التزام و عهده‌دار شدن است (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، ۲: ۲۵). به تعبیر مرحوم نائینی ضمان، بودن مال کسی در ذمه دیگری و از آثار آن، ثبوت غرامت و خسارت است (نائینی، ۱۳۷۹، ۱: ۱۱۸). اصطلاح ضمان در حقوق مدنی با عهد و تعهد به یک معنا استعمال شده است و در حقوق اسلام هم در معنی مسئولیت به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، عقد ضمان: ۱۳۹) و حقوقدانان در تعریف مسئولیت^۱ می‌گویند: تعهد قانونی شخص است بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده است، خواه این ضرر ناشی از تقصیر باشد و خواه ناشی از فعالیت او.

۱-۵. ارتباط قاعده با قاعده من له الغنم

قاعده فوق یکی از قواعد فقهی است و بدین معناست که هر کس، از فایده چیزی بهره‌مند است، ضرر و زیان آن چیز نیز برای اوست. «من له الغنم فعلیه الغرم» قاعده‌ای است عام که هم در مسائل مالی و هم در مسائل غیرمالی کاربرد دارد. برای نمونه راجع به اختلافی که دو همسایه درباره سرتیر دارند و یا مسائلی از این قبیل که بحث سود و زیان مالی مطرح نیست، می‌توان با استناد به قاعده مذکور نسبت به حل اختلاف بین طرفین اقدام نمود؛ اما قاعده بطلان ربح ما لم یضمن قاعده‌ای است که صرفاً در امور مالی و اقتصادی کاربرد دارد و در مسائل غیرمالی راه ندارد. با توضیح یادشده رابطه بین این دو قاعده عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی دایره شمول قاعده بطلان ربح ما لم یضمن خاص‌تر و محدودتر از دایره شمول قاعده من له الغنم فعلیه الغرم است.

۱-۶. جریان قاعده و مصادیق آن

نویسندگان در خصوص مصادیق قاعده اتفاق نظر ندارند. یکی از فقهای معاصر (اله‌اشمی الشاهرودی، ۲۰۱۰: ۲۲۴-۲۱۹) مصادیق قاعده را به شرح زیر بیان کرده است:

۱- بیع کالا قبل از قبض (بیع ما لم یقبض)

۲- بیع کالا قبل از خرید و تملک (بیع ما لم یملک)

۳- عقد مضاربه در صورت ضامن نمودن عامل

۴- قرض

بیان زیر از علامه مجلسی نیز در شرح نمونه‌هایی از مصادیق ربح ما لم یضمن قلمرو این

قاعده را بهتر نمایان می‌سازد: «عن ربح ما لم یضمن کبیع الدلال قبل ایجاب البیع علی نفسه، أو بیع المبیع قبل القبض بربح لا تولیة و علی الثانی فالمراد بالأول بیع ما لم یملکه بعد لعدم التکرار». (مجلسی، ۱۴۰۶ (ب)، ۱۱: ۴۴۴)

در مذاهب عامه نیز نویسندگان مصادیق ذیل را تحت قاعده بطلان ربح ما لم یضمن بررسی و بیان کرده‌اند:

- ۱- بیع ما لم یملک (بیع آنچه به تملک در نیامده است)
 - ۲- بیع الثمار المشتره قبل جذاذها (بیع میوه درختان پیش از چیدن آنها)
 - ۳- بیع الدین (بیع دین)
 - ۴- ربا الدین (ربای در دین)
 - ۵- ضمان المضارب لرأس المال (تضمین سرمایه از سوی مضارب (عامل))
 - ۶- تأجیر المستأجر العین المستأجره (اجاره دادن عین مستأجره از سوی مستأجر)
- که در ادامه مواردی که به طور قطع از مصادیق این قاعده است در دو قسمت تحت عنوان عقود معین و قراردادهای بانکی توضیح خواهیم داد.

۱-۷. مصادیق و کاربرد قاعده در عقود معین

کاربرد قاعده مورد بحث در عقود همچون قرض، اجاره و نیز مضاربه مشهود است که به مواردی از آن به شرح ذیل اشاره خواهد شد.

۱-۷-۱. سود در عقد قرض

به موجب ماده ۶۴۸ قانون مدنی، در قرض ملکیت مال به دیگری منتقل می‌شود و مال بر ذمه مقترض قرار گرفته و او ضامن تلقی می‌شود. از نظر فقهی نمی‌توان پذیرفت که در قرض مال از هرگونه ضرر و نقصان مصون بوده و خساراتی متوجه آن نبوده ولی منافع از آن مالک باشد. امری که برخلاف اصل و قاعده حقوقی «من له الغنم فعلیه الغرم» تلقی می‌شود در قرض تضمین سرمایه با سود قابل جمع نیست. در همین راستاست که یکی از فقیهان می‌گوید: «از نظر طبیعی قهراً هر کسی که مالک بالفعل سرمایه است، سود و منافع سرمایه هم به او تعلق می‌گیرد. همچنان که باید زیان سرمایه را هم متحمل شود و اگر خطری هم متوجه اصل سرمایه شود متوجه او می‌گردد». (مطهری، ۱۳۶۴: ۲۱-۱۹) از آثار فقهی به‌روشنی دریافت می‌شود که به نظر فقیهان، قرض از نظر سود و انتاج عقیم و نازاست، زیرا حفظ اصل سرمایه در آن تضمین شده و برای وام‌دهنده عینی، مولد و سودآور نیست. البته آنجا که عینی و سودآور است، به وام‌گیرنده تعلق دارد و اگر از این بابت سود به وام‌دهنده داده شود، این کار توجیه حقوقی ندارد، زیرا عین در اختیار او و در ملک او نیست. وام‌دهنده تنها حق دینی (شخصی) نسبت به مقترض دارد، یعنی مالک مبلغ وام در ذمه وام‌گیرنده است این حق تضمین شده است

از این روست که با توجه به تضمین اصل سرمایه توسط وام‌گیرنده و تعلق عین مال قرض داده‌شده به وام‌گیرنده بازگرداندن سود به وام‌دهنده ستم و اجحاف آشکار است و از مصادیق ربح ما لم یضمن محسوب می‌شود.

۱-۷-۲. اجاره

فقیهان می‌گویند کسی اجازه ندارد زمین یا ابزار تولیدی دیگری را در برابر اجرت (یا کرایه) معین اجاره کرده و سپس آن را با بهای بیشتری به دیگری واگذار کند. بدون آنکه در آن زمین، یا با آن وسیله کاری که مجوز دست یافتن وی به مبلغ اضافی به حساب آید انجام داده باشد. از این رو، هرگاه شخصی زمینی را مثلاً به بیست میلیون ریال اجاره می‌کند، اگر هیچ‌گونه اقدامی در اصلاح و بهبود آن به عمل نیاورده باشد، حق ندارد زمین و عین مستأجره را به دیگری بدهد و با مطالبه مال‌الاجاره (پول) بیشتر اجاره دهد.

گروهی از بزرگان فقها نظیر سید مرتضی، حلبی، صدوق ابن براج، شیخ مفید و شیخ طوسی (رحمة الله علیهم) - بر اساس احادیث بسیاری که در این زمینه وارد است - این معنا را تأیید کرده‌اند که برخی از آنها را نقل می‌کنیم:

(الف) سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) نقل می‌کند که وی فرمود: کراهت دارم آسیابی را اجاره کنم و بعد آن را با گرفتن پول بیشتری به دیگری اجاره دهم، مگر آنکه کار تازه‌ای در آن انجام داده باشم.

(ب) ابوبصیر از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: هر گاه زمینی را در مقابل طلا و نقره اجاره کردی نمی‌توانی آن را به مبلغ بیشتری به دیگری اجاره دهی، زیرا طلا و نقره مضمون است (صدر، ۱۳۶۰: ۴۴۹-۴۴۳).

در حقوق اسلامی برای دادن پاداش یا جبران خدمت، دو روش پیشنهاد شده که عامل، هر کدام از آن دو را که بخواهد می‌تواند برگزیند: (۱) روش اجرت (۲) روش شرکت در منافع یا ثمره کار.

بدین ترتیب عامل (کارگر) حق دارد مال معینی را به‌طور کمی و کیفی در مقابل کار خود بگیرد، یا درصدی از منافع آن را مطالبه کند. امتیاز روش نخستین نسبت به شیوه دوم وجود تضمین پرداخت است که به‌موجب قرارداد، بدون لحاظ اینکه کارفرمای موصوف یا سود می‌برد و یا زیان می‌کند، عامل (کارگر) اجرت یا دستمزد معلومی را که پیش‌تر بر سر آن توافق شده است، دریافت می‌کند. در روش دوم که قرار است عامل با صاحب سرمایه در نتایج حاصله سهیم گردد و به نسبت مورد توافق (درصدی) در سود با وی شریک شود، در این بهره‌مندی پرداخت به عامل (کارگر) فاقد عنصر تضمینی است، در صورتی که سودی حاصل نشود، عامل هم درآمدی به دست نخواهد آورد. امکان دارد در این‌گونه قراردادهای سود هنگفتی عاید عامل شود که از اجرت عادی و دستمزد متعارف به مراتب، بیشتر باشد. البته، چون سود همواره در معرض

تغییر است، با پذیرفتن این روش عامل، به کم‌وزیاد عواید حاصله تن در می‌دهد. در هر دو اسلوب صاحب سرمایه نمی‌تواند بخشی از خسارات حاصله را بر دوش کارگر بگذارد. بلکه باید خود تمام مخاطرات و به‌اصطلاح فقها خسارات را تحمل کند.

۱-۷-۳. سود در عقد مضاربه

مضاربه یا قراض در نظام مالی بدون ربا این است که شخصی مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و در مقابل، حصه‌ای از ربح (مانند نصف یا ثلث از آن وی باشد (هدایتی و دیگران، ۱۳۹۱: ۷۶). در قرارداد مضاربه سود بر مبنای قرارداد تقسیم می‌شود و زیان و خسارت به‌حسب طبیعت عقد و تأیید شارع به عهده مالک سرمایه است. در این قرارداد چنانچه عامل در حفظ مال قصور (کوتاهی و تفریط) نکرده باشد و خود علت زیان و ورود خسارت نباشد، ضامن نیست. در همین زمینه مرحوم محقق حلی در مختصر المنافع فرموده است که: «و لا خسران علی العامل الا عن تعدّ او تفریط». (محقق حلی، ۱۴۰۲: ۱۷۰) زیان در مضاربه به عهده عامل نیست، مگر اینکه خود در مال خیانت یا در حفظ آن کوتاهی کرده باشد. دلیل فقهی این حکم، احادیث معتبری است که به ذکر یک نمونه از آن بسنده می‌کنیم:

«عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ الْمَالُ الَّذِي يُعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضْعِيَّةِ شَيْئٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ». (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۳، ح ۳: ۱۸۱) امام صادق (ع) فرمود مالی که شخص با آن کار مضاربه را انجام می‌دهد اگر سود کند تاجر سهم خود را می‌برد، ولی اگر زیان کرد زیان به عهده او نیست، مگر اینکه شرایط مقرر از طرف مالک را رعایت نکرده باشد.

مشهور فقهای امامیه در پاسخ به این پرسش که با توجه به آنچه گفته شد آیا مالک می‌تواند عامل را ضامن سرمایه قرار داده و بر او شرط کند تا همان‌گونه که در سود شریک است در زیان نیز شریک باشد؟ بیان می‌دارند که چنین شرطی مبطل عقد و خلاف مقتضای مضاربه است.

۱-۷-۴. فروش کالا پیش از تحویل

در روایت آمده است: عبدالله بن الحسن العلوی عن جدّه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (ع) قال سألته عن رجل اشترى طعاماً أیصلح له أن یولّی منه قبل أن یقبضه قال إذا ربح فلا یصلح حتّی یقبضه و إن کان یولّی منه فلا بأس (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۶۷). علی بن جعفر گوید: از برادر امام موسی بن جعفر (ع) پرسیدم: شخصی مواد خوراکی می‌خرد، آیا شایسته است پیش از تحویل گرفتن، آن را به قیمت خرید بفروشد؟ امام (ع) فرمود: «هرگاه پیش از تحویل گرفتن سود دریافت کند، فروش آن شایسته نیست و اگر به همان صورت خرید و با همان قیمت بفروشد، اشکال ندارد». (اسماعیل تبار و دیگران، ۱۳۸۸، ۲۳: ۱۶۵)

در تشریح همین مطلب محقق حلی در شرایع الاسلام در ادامه می‌فرماید: حرمت بیع آنچه قبض نشده را فقط در صورتی می‌داند که ربح و سودی حاصل شود، ولی اگر به نحو تولیه باشد یعنی به همان قیمت خرید بفروشد اشکالی ندارد.

نویسندگان حقوق اسلامی اعتقاد دارند که اگر شخصی گندمی را بخرد قبل از آنکه آن را تحویل بگیرد، نمی‌تواند به قیمت بیشتر بفروشد و تفاوت را به‌عنوان سود بردارد، هرچند از نظر حقوقی مالکیت به‌صرف عقد به خریدار منتقل شده و امر ایجابی دیگری ضروری نیست. به نظر فقیهان دلیل استدلال فوق این است که کاری که موجب ایجاد سود برای خریدار باشد، انجام‌نشده و از این‌روست که گفته‌اند که اگر گندمی را که خریداری کرده تحویل گرفته باشد، فروش گندم بیشتر از قیمت خرید بلامانع است؛ زیرا خود قبض کردن عملی است که می‌توان در ازای آن مالی پرداخت کرد (صدر، ۱۳۷۵: ۱۳۰). در بیان اثر و نقش قبض در عقد بیع در حقوق کنونی ایران نیز با وجود تملیکی بودن بیع با توجه به اینکه قبل از تسلیم، ضمان معاوضی منتقل نشده، قانون‌گذار و دکترین تصریح می‌کنند که اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار در اثر حادثه‌ای تلف شود، از کیسه فروشنده است و او باید ثمنی را که در برابر مال تلف‌شده گرفته، به خریدار بازگرداند این مسئولیت تلف را در اصطلاح «ضمان معاوضی» گویند. اثر مهم «تسلیم» انتقال ضمان معاوضی از عهده فروشنده به عهده خریدار است؛ زیرا پس از تسلیم، بیع تمام‌شده محسوب می‌شود و تلف مبیع دیگر ارتباطی به فروشنده ندارد.

۱-۸. مصادیق و کاربرد قاعده در قراردادهای بازارهای مالی

از ابتدای سال ۱۳۶۳ بانک‌ها مکلف شدند عملیات خود را با قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) تطبیق دهند. سازمان بورس و اوراق بهادار نیز با تشکیل کمیته فقهی ابزارها و محصولات جدید مالی را پس از تأیید این کمیته اجرایی می‌کند.

بر خلاف آنچه برخی از مجریان نظام بانکی تصور می‌کنند، قانون بانکداری بدون ربا ساختار نهایی و قانون شرعی و اسلامی برای اداره بانک‌ها نیست. بلکه این قانون مرحله‌ای انتقالی و زمینه‌ای برای مطالعات و بررسی‌های بیشتر برای رسیدن به سیستم مطلوب اسلامی است. گزارش کمیسیون ویژه در هنگام ارائه و تصویب لایحه فوق‌الذکر قابل توجه و مستند ادعای فوق است: «آنچه در ابتدا مطرح بود آن بود که آیا ما بیایم تمام بانک‌ها را تعطیل کنیم و مجدداً یک سیستم جدیدی را پایه‌گذاری کنیم، برای عملیات بانکی؟ یا اینکه سیستم بانکی را بررسی کنیم و تنها نقاط منفی آن را حذف و نقاط مثبت را جایگزین کنیم. ما به این نتیجه رسیدیم که سیستم بانکی از آنجاکه با مسائل پولی و مالی کشور سروکار دارد و مسائل پولی و مالی کشور مانند رودخانه در جریان است و توقف این رودخانه مقدور نیست، به این نتیجه رسیدیم که بستن بانک‌ها و پایه‌گذاری یک سیستم کاملاً متفاوت کار بسیار مشکل و تقریباً غیرممکن است. بر این اساس، در کمیسیون به این نتیجه رسیدیم که سیستم بانکی را مورد تجزیه و

تحلیل قرار بدهیم و آنجایی که حرام و مخالف شرع است را حذف کنیم و آرام، آرام این سیستم را به لطف خدا تبدیل به یک سیستم اسلامی بکنیم». (میرجلیلی، ۱۳۷۴: ۵۸-۵۷)

۱-۸-۱. سود سپرده‌ها، تسهیلات و اوراق بهادار

کاربرد قاعده در بازارهای مالی را در مورد سپرده‌های بانکی، نرخ تسهیلات و اوراق بهادار جداگانه و در حدود مجال این مقاله معرفی می‌کنیم.

۱-۱-۸-۱. سود سپرده مدت‌دار

وجوه و پس‌اندازی که به‌موجب موافقت مشتری و بانک برای مدت معین به بانک سپرده می‌شود و به‌حساب ثابت مشتری منظور می‌شود، سپرده مدت‌دار نامیده می‌شود. بانک‌ها به سپرده مدت‌دار سود می‌پردازند و از محل سپرده‌ها برای پرداخت اعتبار بهره می‌برند. میزان سودی که به سپرده مدت‌دار داده می‌شود باید با مدت سپرده، میزان سپرده نرخ رسمی تنزیل و بالاخره وضع عمومی بازار ارتباط داشته باشد (محمدی، ۱۳۴۷: ۴۷). فرض مسئله چنین است در مواردی که افراد از پس‌انداز و سرمایه‌ای برخوردارند، ولی قصد و یا قدرت به‌کارگیری آن در تولید یا تجارت را ندارند، بانک‌های اسلامی سرمایه‌های خرد چنین افرادی را تجهیز و جمع‌آوری کرده و با آن طبق عقود شرعی در کارهای تولیدی، صنعتی، کشاورزی، دامداری و تجاری سرمایه‌گذاری می‌نماید و سود سرمایه‌گذاری را طبق توافق به‌عمل‌آمده تقسیم می‌کند، حق الوکاله بانک کسر و مابقی، علی‌الاصول به‌عنوان سهم سرمایه‌گذار است.

این توجیه از معیارهای مهم تمییز بانک‌های ربوی از بانک‌های اسلامی معرفی شده است، زیرا در بانکداری متعارف و سنتی، سپرده‌های مردم پذیرفته می‌شوند و بانک‌ها سودی ثابت به سپرده‌گذاری می‌پردازند. بانکداران منابع حاصل از سپرده‌ها را به متقاضیان وام واگذار کرده و سود بیشتری به‌عنوان بهره دریافت می‌کنند. این عملکرد از نظر فقها ربا و حرام است، بلکه حرام مضاعف تلقی شده است. درحالی‌که بانک‌های اسلامی مدعی‌اند که با این سپرده‌ها، طبق عقود شرعی و قراردادهای طراحی شده، در کارهای تولیدی شریک می‌شوند و سود حاصله را طبق توافق قبلی تقسیم می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۳۱).

۱-۱-۸-۲. اوراق مشارکت سرمایه‌گذاری

در نظر قانون‌گذار ایران که در ماده ۲ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۳۰ می‌گوید: «اوراق مشارکت، اوراق بهادار با نام یا بی‌نامی است که به‌موجب این قانون به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های موضوع ماده ۱ را دارند، واگذار می‌گردد. دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت‌زمان مشارکت، در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود.» دارندگان اوراق در خود طرح موضوع اوراق نیز مشارکت دارند. انتشار اوراق مشارکت برای

طرح‌های دولتی نیز مورد استفاده است. دولت جهت سرمایه‌گذاری در طرحی مشخص (مانند سد) بعد از برآورد هزینه‌ها اقدام به انتشار اوراق مشارکت سرمایه‌گذاری و جذب پس‌اندازهای مردم می‌کند. مردم با خرید اوراق، پس‌انداز و نقدینگی خود را تبدیل به سرمایه کرده به شکل مشارکت عمومی در اجرای طرح (ساخت سد) سرمایه‌گذاری می‌کنند. بعد از پایان طرح، صاحبان اوراق مشارکت مالکان اصلی پروژه اتمام‌یافته (سد) خواهند بود؛ و اگر دولت بخواهد از آن مستحذات استفاده کند، باید اجازه استفاده از آن را به صاحبانش بپردازد و این سود صاحبان اوراق مشارکت خواهد بود که به نسبت معین بین آنها تقسیم می‌شود. همچنین دولت می‌تواند بعد از تکمیل طرح آن را یکجا یا به تدریج خریداری کند. روشن است که در این صورت، به دلیل وجود ارزش افزوده در چنین طرح‌هایی قیمت آن بالاتر از بهای تمام‌شده خواهد بود و این مابه‌التفاوت، همان سود صاحبان اوراق است (موسویان، ۱۳۸۶: ۱۴۹).

اگر مال حاصل از عقد مشارکت در اثر فعالیت اقتصادی سودآوری داشته باشد، این سود به نسبت سرمایه افراد به آنها تعلق می‌گیرد. دارندگان این اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت‌زمان مشارکت، در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود. فرض اخیر بر اساس مقتضای طبیعی عقد مشارکت بوده و هیچ مانعی شرعی در آن وجود ندارد. اگر تفسیر این باشد که دارنده اوراق مزبور به اندازه مبلغ اسمی این اوراق، بدون ملاحظه نسبت سهم او به کل سرمایه، از سود خاصی برخوردار باشد اوراق مشارکت به اوراق قرضه بازخواهد گشت و مبلغ اسمی این اوراق به جای اینکه معرف میزان مشارکت شخص در یک فعالیت اقتصادی مشخص باشد، نشانه مبلغی وام خواهد بود که دارای بهره معینی است. چنین امری بدون شک حرام و خلاف شرع است.

مطابق ماده ۳ قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت: «تضمین بازپرداخت اصل و سود علی‌الحساب و سود تحقق‌یافته این اوراق توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی به عمل خواهد آمد.» با توجه به آنچه گذشت، اگر در پی عقد مشارکت زبانی به مال مشترک وارد شود، این زیان به نسبت سهم هر یک از شرکا به آنها تعلق می‌گیرد، پس سود با اصل سرمایه در صورتی بازپرداخت خواهد شد که واقعاً اصل سرمایه و سودی تحقق داشته باشد. حال اگر مراد از این عبارت، تضمین پرداخت در فرض وجود اصل سرمایه و سود باشد، تعهد مذکور با عقد مشارکت منافات ندارد و مانع شرعی نسبت به آن نمی‌توان تصور کرد زیرا در واقع دولت به‌عنوان مجری طرح و بهره‌گیرنده از مال مشارکت در اینجا مسئول بازپرداخت اصل سرمایه و سود تحقق‌یافته است. ولی اگر در واقع طرح متحمل ضرری شده باشد، تضمین پرداخت سود با روح مشارکت منافات خواهد داشت و می‌تواند به‌عنوان تغییر صورتی قرض به مشارکت تلقی شود که در این حال شبهه ربا نسبت به آن بسیار قوی خواهد بود (هادوی تهرانی، ۱۳۷۸).

۱-۸-۱-۳. اوراق منفعت و سایر ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)

ابزارهای مالی اسلامی که برای تأمین مالی در بازارهای سرمایه اسلامی منتشر می‌شوند، ابزاری جهت تجمیع و تجهیز پس‌اندازها و وجوه خرد و کلان از سرمایه‌گذاران برای رفع نیاز مالی بنگاه‌های اقتصادی است که درعین حال مستلزم پرداخت عایدی به سرمایه‌گذاران است. این عواید ضرورتاً باید مستند به عقود شرعی و اسلامی بوده و القاکننده شبهه دریافت و پرداخت نظام‌مند ربا نباشد. بر همین اساس است که کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار بر کلیه ابزارهای مالی جدید قبل از تصویب شورای عالی بورس و اوراق بهادار نظارت داشته و مشروعیت آن را از ابعاد فقهی بررسی می‌نماید. یکی از ضوابط لازم‌الرعایه در این خصوص و به‌ویژه در طراحی ابزارهای مالی جدید، منع تصویب هرگونه ابزار مالی دارای سود و عایدی بدون عهده و ضمان است. بر همین اساس، کمیته مزبور در بررسی اوراق منفعت^(۱) و امکان معاملات ثانویه آن مقرر داشته است که «۱. بازار ثانوی اوراق منفعت به جهت محدودیتی که در قرارداد اجاره هست با مشکل مواجه است و آن محدودیت این است که در قرارداد اجاره بنا به فتوای مشهور فقهای امامیه، دارایی که اجاره می‌شود را نمی‌توان به مبلغ بالاتری اجاره داد مگر اینکه کاری روی آن صورت گرفته باشد. بر این اساس، انتقال این اوراق در بازار ثانوی که به‌طور معمول به مبلغ بالاتر از مبلغ اسمی اوراق است با مشکل فقهی مواجه می‌شود. ۲. برای اطمینان خاطر از مبحث فقهی اجاره استفتائی تنظیم و از مراجع تقلید پرسش شد، به اعتقاد اکثر مراجع تقلید موضوع قرارداد اجاره را تا زمانی که کاری روی آن انجام نگرفته باشد، نمی‌توان به مبلغ بالاتر اجاره داد ... ۳. با توجه به ویژگی قرارداد اجاره و فتاوی مراجع تقلید، قرار بر این شد تا ترتیبی اتخاذ شود که ناشر اوراق منفعت به وکالت از طرف خریداران اوراق، کارهای خدماتی مستمر چون بیمه، حفظ و مرمت و خدمات جانبی برای مانند بزرگراه‌ها ارائه نمایند تا مصداق انجام کار محقق شود تا انتقال آن به مبلغ بالاتر صحیح باشد.»

۱-۸-۱-۴. کارمزد تسهیلات

دریافت کارمزد بانکی، به شرط آنکه به‌طور متعارف و با نیت واقعی کارمزد باشد، مباح است. باید دقت داشت که این اباحه قابل توسیع نیست و نباید پوشش و توجیهی برای گرفتن زیادت قرار گیرد. چراکه پیامبر (ص) فرموده‌اند: «کل قرض جرّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا» (هر وامی جذب منفعت کند نوعی رباست) (بیهقی، ۱۳۸۲، ۵: ۳۵۰). در مورد تسهیلات بانکی، سود و کارمزد مقرر شده برای آن، اظهارنظرهای فقهی فراوانی ارائه شده است که بیان تمامی نظرها، استفتائات و استدلال‌ها مجال دیگری می‌طلبد. لذا در حدود موضوع این مقاله، تنها به دو نمونه از استفتائاتی که از بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران به‌عمل آمده اشاره می‌کنیم: (موسوی خمینی، ۱۳۶۶: ۲).

نظر به اینکه صندوق قرض الحسنه مخارجی از قبیل حقوق کارمندان، اجاره مکان و ... دارد،

لذا بر آن شدیم تا از متقاضیان وام مبلغی عادلانه در قبال اوراق و دفاتر صندوق و ... طی قراردادی غیر از قرارداد وام به‌عنوان کارمزد گرفته شود. آیا به نظر مبارک اشکال دارد؟
جواب- اگر واقعاً کارمزد و به نحو متعارف است، اشکال ندارد.
آیا گرفتن درصد بسیار کم مانند ۱٪ به‌عنوان کارمزد توسط صندوق‌های قرض‌الحسنه جهت تأمین مخارج صندوق چه صورتی دارد؟

جواب- درصد، کارمزد نیست هر چند کم باشد و بهره پول حرام است گرچه به اسم کارمزد گرفته شود، ولی اگر آنچه گرفته می‌شود، جداً مزد کار به مقدار متعارف باشد بلا اشکال است.
به اعتقاد صاحب‌نظران فقهی (موسویان، ۱۳۸۶: ۵۰) در زمینه بازارهای مالی، ایرادی ندارد که بانک‌ها در قبال اعطای قرض‌الحسنه بین ۲/۵ تا ۴ درصد کارمزد دریافت کنند، مشروط بر آنکه از هزینه‌های تجهیز منابع قرض‌الحسنه و نیز هزینه‌های اعطای آن، تجاوز ننماید. ماهیت فقهی این قرارداد، قرض بدون بهره است و بانک در مقابل پول قرض داده شده سودی نمی‌گیرد، اما در مقابل خدماتی که ارائه می‌کند کارمزد دریافت می‌نماید (موسویان، ۱۳۸۶: ۵۰).

اظهارنظر فقهی دیگر در همین مورد به روشن شدن موضوع کمک می‌کند که می‌گویید: بهره غیر از کارمزد است، نه اینکه این کارمزد کلاه‌شرعی برای ربا باشد و برای مثال بگویند ۶٪ یا ۱۲٪ یا ۱۵٪ یا حتی ۲۰٪ کارمزد بدهید. کارمزد حد متعارف دارد. باید به‌اندازه مخارج جاری بانک، بر حجم معاملات سرشکن و برآورد شود که کارمزد قابل دریافت چقدر می‌شود. کارمزد یعنی اجرت واقعی کسی که کار می‌کند. از هر فقهی سؤال کنید که اگر به‌اندازه مخارج سالیانه‌ای که برای اداره صندوق قرض‌الحسنه لازم است از گیرندگان وام کارمزدی با تعیین درصد صحیح اخذ شود، اشکالی دارد؟ پاسخ این خواهد بود که خیر، اشکالی ندارد. از قدیم‌الایام هم اگر فردی می‌خواست به کسی ده هزار تومان قرض‌الحسنه بدهد، به او می‌گفت باید نوشته‌ای بین ما تبادل شود. لذا سندی نوشته می‌شد و دو شاهد هم می‌گرفتند اما این سند مجانی نوشته نمی‌شد، باید برای این نوشته پولی بدهند این پول را معمولاً آن کس که قرض می‌گرفت می‌داد و در این حالت ابداً کسی شبیه ربا نمی‌کرد. منصفانه و معمول این بود که وام‌گیرنده هزینه تنظیم سند را بپردازد. قرض‌الحسنه دادن، کار نیک و شایسته‌ای است. توقع این نیست که وام‌دهنده که احسان کرده، همه خرج سند یا نیمی از آن را نیز بدهد. پرداخت مخارج و هزینه‌های وام از سوی وام‌گیرنده عرفی، عقلانی و منصفانه هم هست. این خرج تنظیم سند دین، چیزی شبیه کارمزد کارهای بانکی فعلی است (بهشتی، ۱۳۷۴: ۱۰۰).

فرجام

اثبات کردیم که «بطلان ربح ما لم یضمن» قاعده فقهی است؛ زیرا بر حدیث نبوی استوار است. حدیث نبوی نیز به‌طور عام و کلی بیان‌شده و قابل تطبیق بر جزئیات خود است.

شکل واضح و روشن این قاعده همان ممنوعیت ربای قرضی است. هنگامی که وام‌گیرنده سرمایه‌ای را از دیگری قرض می‌کند، آن سرمایه از مالکیت وام‌دهنده خارج شده وارد مالکیت قرض‌گیرنده می‌شود. پس اگر وام‌دهنده مبلغ بیشتری از سرمایه خود، از وام‌گیرنده مطالبه کند، این کار ربا و ممنوع است. لذا منظور از نهی از سود بدون عهده، منع از سود بردن و گرفتن زیادتر از سرمایه و یا سود سرمایه‌ای است که صاحبش آن را ضمانت نمی‌کند. با بررسی مجموعه قواعد و احکام فقهی در قرض، مضاربه، شرکت، بیع و غیره به این حقیقت دست می‌یابیم که پول یا هر مالی که مالکیت به آن تعلق می‌گیرد، هرگاه به‌عنوان قرض در اختیار دیگری قرار گیرد، از دایره تولید، نفع و سودآوری خارج شده است، زیرا اصل پول تضمین شده و هرگاه سرمایه‌ای تضمین شده باشد، سود مشروع به همراه ندارد؛ و در قراردادهایی مانند مضاربه و شرکت که سودآور است، مالک مخاطرات تجارت را می‌پذیرد و سرمایه وی تضمین ندارد، بلکه اگر زبانی در خرید و فروش پدید آید خسارت متوجه سرمایه تخصیص یافته به تجارت و کسب و کار است. از این رو، بسیاری از فقها گفته‌اند در مضاربه اگر مالک سرمایه شرط کند که خسارت بر عهده او نباشد، مضاربه باطل است. چون اقتضای عقد مضاربه این است که مخاطرات تجارت در مورد سرمایه، بر عهده مالک سرمایه باشد؛ و به‌طور کلی «قاعده» سود بدون عهده را باطل اعلام کرده و مصادیق و کاربرد این حکم گسترده است، در بیع، در مضاربه، در قرض، در اجاره و ... جریان می‌یابد. در ابواب متعدد از فقه معاملات، نظریات اقتصادی و بازارهای مالی اسلامی نیز کاربردهای مهمی دارد. هر سود بانکی و یا سود ابزارهای مالی و اوراق بهادار ناشی از رابطه بدون عهده (که ناشی از پذیرش مخاطرات یا کاری که خلق ارزش کند نباشد)، شبیه ربوی دارد. لذا ضروری است تا در بازارهای مالی، در توسعه ابزارهای مالی و تأسیس‌های نوین، در توسعه و طراحی محصولات اعتباری، بانکی و نیز در انتشار صکوک مورد توجه قرار گرفته، اقدامات با رعایت این قاعده انجام شود. تا از حکم تکلیفی و وضعی شارع تخطی به عمل نیامده و اعمال حقوقی متولیان بازارهای مالی اسلامی به تحقق سود بدون عهده نینجامد.

پانوشت:

(۱) اوراق (صکوک) منفعت، اسناد مالی بهاداری است که بیانگر مالکیت دارنده آن بر مقدار معینی از خدمات یا منافع آتی حاصل از یک دارایی فیزیکی بادوام است که در ازای پرداخت مبلغ معینی به وی منتقل شده است، مانند گواهی حق اقامت در هتل معین برای روزهای معین یا گواهی استفاده از منافع حاصل از عوارض بزرگراه‌ها.

منابع فارسی

ابراهیم‌زاده، ابراهیم (۱۳۷۸)، "دلالت نهی بر فساد و تطور تاریخی آن"، *پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم*.

ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵)، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینییه*، ج ۱، قم:

دار سید الشهداء للنشر.

ابن اثیر، مبارک بن محمد و محمد بن یزید ابن ماجه (بی تا)، *جامع الاصول* ۲، ج ۲۸، باب ۹ من کتاب البیع.

ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن یزید القزوینی (۲۰۱۰)، *سنن ابن ماجه*، قم: دارالاحیا الکتب العربیه.
ابن منظور، ابوالفضل و جمال الدین محمد بن مکرم (۱۳۶۳)، *لسان العرب*، ج ۳، مصطلحات علمی و فنی، قم: ادب الحوزه.

احمدی میانجی، علی (۱۴۱۹)، *مکاتیب الرسول (ص)*، ج ۲، قم: دارالحديث.
الاردیبیلی الغروی الحائری، محمد بن علی (۱۳۸۶)، *جامع الرواه*، ج ۱، قم: مکتبه آیت الله المرعشی النجفی الکبری، الطبعة الثانیه.

اسماعیل تبار، احمد، سید احمد رضا حسینی و محمد حسین مهوری (۱۳۸۸)، *منابع فقه شیعه*، ج ۲۳، تهران: فرهنگ سبز، چاپ اول.

بحرانی، یوسف (۱۳۶۵)، *حدائق الناصره فی احکام العترة الطاهره*، ج ۲۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین قم، چاپ دوم.

بروردی، آقا حسین (۱۳۸۶)، *جامع الاحادیث الشیعه*، ج ۲۲، تهران: فرهنگ سبز.

بیهقی، احمد بن حسین (۱۳۸۲)، *السنن الکبری*، ج ۵، بیروت: دارالکتب العلمیه.

جزری، مبارک بن محمد ابن اثیر (۱۳۶۷)، *النهایه فی غریب الحدیث والأثر*، ج ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۲)، *عقد ضمان*، تهران: کتابهای جیبی، فرانکلین.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.

جمشیدی، سعید (۱۳۹۰)، *بانکداری اسلامی*، انتشارات گپ.

حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله (۱۳۸۵)، *المستدرک علی الصحیحین*، ج ۲، بیروت: دارالمعرفه.

حر عاملی، محمد حسین (۱۴۰۹)، *تفصیل الوسائل الشیعه*، ج ۱۸، قم: مؤسسه آل البيت.

حریری، محمد یوسف (۱۳۸۵)، *فرهنگ اصطلاحات حدیث*، قم: دارالحديث.

الحقیل، مساعد بن عبد الله بن حمد (۱۴۳۲)، *ربح ما لم یضمن*، الرياض: دارالمیمان للنشر والتوزیع.

حکیم طباطبایی، سید محسن (۱۳۷۱)، *نهج الفقاهه*، ج ۱، نجف: مطبوع العلیه.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۶۴)، *لغت نامه دهخدا*، ج ۲۳، تهران: مؤسسه لغت نامه دهخدا.

صدر، محمدباقر (۱۳۷۵)، *اقتصادنا*، ج ۲، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.

طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، *حاشیه المکاسب*، ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

طریحی، فخرالدین (بی تا)، *مجمع البحرين* (به تحقیق السید احمد الحسید)، طهران: بازار بین الحرمین: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.

طوسی، محمد بن الحسن (بی تا)، *تهذیب الاحکام علامه حلی*، حسن بن یوسف (۱۴۲۰)، *تذکره الفقهاء*،

ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت.

عمید، حسن (۱۳۷۵)، *فرهنگ عمید*، ج ۳، تهران: امیرکبیر.

- فیض کاشانی، محمد محسن (۱۴۰۶)، *الوافی*، ج ۱۸، اصفهان: کتابخانه امام علی (ع).
 مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶)، *ملاذ الاخبار فی فهم تهذیب الاخبار*، ج ۱۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶)، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، ج ۹، قم: موسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۴)، *مجمع الفائده و البرهان*، ج ۸، قم: موسسه نشر اسلامی.
 محقق حلی (شیخ نجم الدین ابی القاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن حسن بن سعید هذلی حلی) (۱۴۰۲)، *المختصر النافع یا النافع فی مختصر الشرایع*، قم: بعثت.
 محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰)، *قواعد فقه*، تهران: سمت.
 محقق کرکری، علی (۱۴۰۸)، *جامع المقاصد*، ج ۴، قم: موسسه اهل بیت لاحیاء التراث.
 محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲)، *قواعد فقه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم.
 محمدی، ولی الله (۱۳۴۷)، *بانک و عملیات بانکی*، تهران: موسسه عالی بانکداری.
 مطهری، مرتضی (۱۳۶۴)، *مسئله ربا و بانک به ضمیمه بیمه*، تهران: صدرا.
 مظفر، محمدرضا (۱۳۸۰)، *اصول فقه*، قم: بوستان کتاب.
- معطوف، لوپس (۱۳۸۷)، *فرهنگ المنجد*، ج ۲، ترجمه محمد بندرریگی، تهران: انتشارات اسلامی.
 مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۹)، *ربا و بانکداری اسلامی*، قم: انتشارات علی بن ابیطالب.
 الموسوی الخمینی، روح الله (۱۳۶۶)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، انتشارات اعتماد کاظمی، چاپ ششم.
 موسویان، سید عباس (۱۳۷۶)، *پس انداز و سرمایه گذاری در اقتصاد اسلامی*، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۶)، *احکام فقهی بانکداری بدون ربا*، قم: وثوق.
 میرجلیلی، حسین (۱۳۷۴)، *ارزیابی بانکداری بدون ربا*، تهران: وزارت امور اقتصادی و دارایی.
 میرزای نائینی (۱۳۷۹)، *منیه الطالب فی الشرح المکاسب*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 نفیسی، علی اکبر (۱۳۵۵)، *فرهنگ نفیسی (ناظم الاطباء)*، ج ۴، تهران: خیام.
 هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۷۸)، "مبانی فقهی اوراق مشارکت"، در *مجموعه سخنرانیها و مقالات دهمین سمینار بانکداری اسلامی*.
- الهاشمی الشاهرودی، السید محمود (۲۰۱۰)، *قرائات فقهیه معاصره*، ج ۲، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
- هدایتی، سید علی اصغر، علی اصغر سفری، حسن کلهر و محمود بهمنی (۱۳۹۱)، *عملیات بانکی داخلی*، تهران: مؤسسه بانکداری ایران.

