

# قوانین افغانستان دربارهٔ بانکداری اسلامی: درس‌هایی از تجربهٔ مالزی

محمد یوسف سلیم\*

## فهرست مطالب

۱. مقدمه
۲. بانکداری عرفی و بانکداری اسلامی
۳. شاخصه‌های اصلی بانکداری اسلامی
۴. امور غیرمجاز در بانکداری اسلامی
۵. قوانین مالزی در زمینهٔ بانکداری و مالیهٔ اسلامی
۶. تسهیلات یا قراردادهای سپرده‌گذاری
۷. تسهیلات یا قراردادهای مالی
۸. صکوک
۹. بیمهٔ اسلامی (تکفل)
۱۰. قوانین افغانستان در زمینهٔ بانکداری اسلامی
۱۱. لایحهٔ قانون بانکداری اسلامی
۱۲. نتیجه

---

\* دکتر محمد یوسف سلیم مدرک کارشناسی حقوق (LLB)، کارشناسی ارشد حقوق تطبیقی (MCL) و دکتری (PhD) خود را از پوهنتون بین‌المللی اسلامی مالزی دریافت کرده است. او سابقهٔ تدریس در دانشکدهٔ علوم اقتصاد و نیز سابقه مدیریت در همان پوهنتون را دارد و اکنون مدرس مرکز بین‌المللی آموزش بانکداری اسلامی (INCEIF) است.

## ۱. مقدمه

مالزی را می‌توان مهمترین مرکز بانکداری اسلامی<sup>۱</sup> در جهان دانست. بیش از بیست درصد از نظام بانکداری این کشور، از لحاظ حجم اموال در گردش، مطابق با شرع است؛ میانگین این رقم در کشورهای اسلامی، حدود دوازده درصد است. ارائه‌دهندگان خدمات در مالزی بر بازار جهانی صکوک (اوراق قرضه اسلامی) سلطه دارند. این کشور محل استقرار هیأت خدمات مالی اسلامی<sup>۲</sup> (نهادی بین‌المللی برای استانداردگذاری)، و همچنین مرکز بین‌المللی آموزش بانکداری اسلامی (INCEIF)<sup>۳</sup> است که پوهنتون پیشرو جهان در زمینه مطالعه بانکداری اسلامی با ۲۰۰۰ دانشجو و یک شعبه پژوهشی با شهرت بین‌المللی است.<sup>۴</sup> به دلایل فوق، مالزی الگویی برای بسیاری از کشورهای اسلامی ست که می‌خواهند چارچوب حقوقی خود در زمینه خدمات مالی اسلامی را ارتقاء دهند.

این مقاله با بحث درباره بانکداری عرفی و بانکداری اسلامی و ویژگی‌های بارز بانکداری اسلامی و عناصر غیرمجاز در آن آغاز می‌شود. سپس قوانین مالزی در زمینه بانکداری اسلامی و رویه‌های نهادهای مالی اسلامی را بررسی می‌کنیم. درگام بعد، صکوک، بیمه اسلامی (تکفل)، و رویه‌های گوناگون بانکی و مالی با ارجاع به قراردادهایی که بر اساس آن شکل گرفته‌اند، مورد تحلیل قرار می‌گیرند. در ادامه، این مقاله به قوانین افغانستان در زمینه ابزارهای مالی - با ارجاع ویژه به قانون مدنی و انواع گوناگون قراردادها - می‌پردازد. در همین ارتباط، نگارنده این بحث را مطرح می‌کند که این قوانین تا چه حد می‌توانند مبنایی برای بانکداری، صکوک، و تکفل فراهم آورند.

## ۲. بانکداری عرفی و بانکداری اسلامی

بانکداری عبارت است از کسب، اداره و سرمایه‌گذاری منابع پولی از سوی بانک. افرادی

۱. اصطلاح «بانکداری» را در این ترجمه به گونه‌ای به کار گرفته‌ایم که کلیه امور مالی (finance) را دربر می‌گیرد (مترجم).

2. Islamic Financial Services Board

3. International Centre for Education in Islamic Finance

4. 'Banking on the Ummah: Malaysia Leads the Charge in Islamic Finance' *The Economist* (Johor Bahru, 5 January 2013) <<http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21569050-malaysia-leads-charge-islamic-finance-banking-ummah>>.

که منابع پولی مازاد بر نیاز دارند، می‌توانند آن را به افراد دیگری که به آن نیاز دارند، بدهند تا از طریق آن دیگران به تولید یا مصرف پردازند. از زمان‌های بسیار دور، افرادی که برای فعالیت‌هایی مانند کارورزی یا تجارت به منابع پولی نیاز داشته‌اند، مستقیماً اقدام به تهیه پول از کسانی می‌کرده‌اند که چنین منابعی را در اختیار داشتند. امروزه کسانی که کمبود منابع مالی دارند، می‌توانند آن را یا مستقیماً و یا از طریق واسطه‌هایی چون بانکها و سایر نهادهای مالی تهیه کنند. ظهور واسطه‌های مالی، منجر به جابجایی مؤثرتر و هدایت منابع مالی مازاد به کسانی می‌شود که به آن نیاز دارند. نهاد واسطه مانند بانک، منابع پولی را از واحدهایی که بیش از میزان نیاز خود پول دارند،<sup>۵</sup> به سمت آن واحدهایی در جامعه هدایت می‌کند که با کمبود این منابع مواجه‌اند.<sup>۶</sup> منابع پولی را می‌توان به طرق مختلف تهیه، مدیریت و سرمایه‌گذاری کرد. در بانکداری عرفی، منابع پولی را عمدتاً از طریق وام تهیه، و به سمت دیگران هدایت می‌کنند. بانکها معمولاً - هم در امر سپرده‌گذاری و هم برای اهداف مالی - از قراردادهای وام مبتنی بر بهره استفاده می‌کنند. در این حالت، هم اصل پول سپرده‌گذاران یا قرض‌دهندگان و هم بهره آن، تضمین می‌شود. قرض‌گیرندگان یا مشتریان، نرخ بهره بیشتری می‌پردازند. تفاوت میان این دو نرخ بهره، درآمد واسطه مالی یا بانک تلقی می‌شود.

تفاوت‌هایی میان بانکداری عرفی و بانکداری اسلامی (تمویل) وجود دارد. بانکداری اسلامی روش‌های ویژه خود را در تهیه، مدیریت، سرمایه‌گذاری، و هدایت منابع پولی به دیگران داراست. در اسلام، وام (قرض)، قراردادی بلاعوض یا خیرخواهانه تلقی می‌شود که مطابق آن وام‌دهنده مکلف است که تنها اصل پول را پس بگیرد و دریافت بهره ممنوع است. نهاد مالی اسلامی، وظیفه دارد تا منابع مالی مطابق با شرع را گردآوری کند، خواه با هدف محافظت از پول، خواه باهدف سرمایه‌گذاری. خود این نهاد مالی می‌تواند این منابع پولی را سرمایه‌گذاری کند یا به سمت افراد دیگری که به سرمایه‌گذاری تمایل دارند،

5. Surplus units

6. Deficit units

هدایت کند. سپرده‌گذاری یا امور مالی‌ای که بانک ترتیب می‌دهد، نباید تنها مطلوب طبع سپرده‌گذاران و مشتریان باشد، بلکه باید با اصول شرع نیز مطابقت داشته باشد. بنابراین در بانکداری اسلامی، برخی قراردادها را برای تهیه منابع پولی و هدایت آن به سوی دیگران به‌کار می‌گیرند. تحولات اخیر در بانکداری اسلامی در سایر کشورها، اهمیت این قراردادها را - چه به‌عنوان ابزارهای سپرده‌گذاری و چه به‌عنوان ابزارهای مالی - پررنگ کرده است. پیش از بحث دربارهٔ تجربهٔ مالزی و قوانین افغانستان در زمینهٔ بانکداری اسلامی، لازم است که در اینجا ویژگی‌های اصلی بانکداری اسلامی را بیان کنیم.<sup>۷</sup>

### ۳. شاخص‌های اصلی بانکداری اسلامی

بانکداری اسلامی، از انواع بانکداری مبتنی بر قرارداد است. نظریهٔ قرارداد اسلامی، در قرآن و سنت ریشه دارد و مبتنی بر اصول جهان‌شمول عدالت برای همه است. این سبک از بانکداری، در خصوص امور مربوط به بانکداری و تجارت، تفاوتی میان مسلمان و غیرمسلمان قائل نیست. مالکیت و حقوق اموال همهٔ افراد، مورد حمایت است. رضایت دوجانبه، و توافق معتبر میان طرفین قرارداد، شرط لازم برای هرگونه انتقال دارایی و ایجاد حقوق و تعهدات است. همهٔ حقوق و تعهدات ناشی از قراردادهای مالی و تجاری، باید مورد احترام قرار گیرند. هرگونه نقض قراردادی جدی گرفته می‌شود و قربانی نقض قرارداد، خسارتی متناسب دریافت می‌کند. هدف قوانین مالی و تجاری اسلامی، توزیع منصفانهٔ ریسک و سود سرمایه‌گذاری میان همهٔ افراد ذی‌نفع است. به‌این‌ترتیب، اعمال حقوق تجاری اسلامی به کاهش فاصلهٔ میان فقیر و غنی منجر می‌شود، از تجمع دارایی‌ها در دست گروهی اندک جلوگیری می‌کند و به کاهش فقر می‌انجامد. سهم‌بودن افراد در خسارت‌ها یا ریسک، می‌تواند جوامع را از بحران‌های اقتصادی نجات دهد. یکی دیگر از ویژگی‌های بانکداری اسلامی این اصل است که نباید فایدهٔ استفاده از منابع پولی، تنها به مالک آن برسد، بلکه طرف دیگر قرارداد - و جامعه نیز - باید بهره ببرند. دارایی نباید به طریقی

7. For a discussion see Mohammed Obaidullah, *Islamic Financial Services*, (King Abdul Aziz University, Jeddah 2005), 3-19, see also Zamir Iqbal and Abbas Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance Theory and Practice*, (John Wiley, Singapore 2007), 125-147.

استفاده شود که به افراد دیگر، به جامعه، یا به محیط زیست آسیب برسانند. همچنین دارایی نباید احتکار شود بلکه باید در اقتصاد واقعی سرمایه‌گذاری شود تا به ایجاد اشتغال و درآمد برای افراد بی‌انجامد. سرمایه‌گذاری در اقتصاد واقعی - به جای اقتصاد مالی - به جامعه نیز سود می‌رساند، زیرا از آن طریق سرمایه در خدمت نیازهای افراد قرار می‌گیرد.

به‌علاوه، یکی از خصوصیات رویکرد اسلامی به بانکداری و تجارت این است که بر ممنوعیت برخی اعمال خاص متمرکز است نه بر برشمردن معاملات مجاز. انجام همهٔ معاملات مالی و تجاری آزاد است، مگر معاملاتی که عناصری غیرمجاز دربرداشته باشند. انواع قراردادهای و توافقاتی که در جامعه وجود دارند و فراگیر هستند، به‌شرط آنکه دارای عناصر ناعادلانه و ممنوع نباشند، مجاز هستند. بنابراین، یکی از خصوصیات بانکداری اسلامی دایرهٔ شمول آن است که می‌تواند بیشترین نوع قراردادهای و توافقات را دربربگیرد، زیرا در آن، اصل بر جواز است و ممنوعیت حالت استثناء را دارد. نوآوری و خلاقیت در امور تجاری و مالی، نه تنها مجاز است، بلکه تشویق نیز می‌شود، خصوصاً اگر این ابداعات در امور مالی سازگار با شرع باشند. این امر، راه را برای انواع تازهٔ معاملات مالی متناسب با نیازهای جامعه - که همواره در حال تغییرند - هموار می‌کند.<sup>۸</sup>

#### ۴. امور غیرمجاز در بانکداری اسلامی

موارد اصلی غیرمجاز در بانکداری اسلامی عبارتند از ربا، ابهام در قرارداد (غَرَر)، قمار، بازی‌هایی که بر بخت و اقبال مبتنی هستند (مَیسِر)، کلاهبرداری، ارتشا، کم‌فروشی، غصب اموال، و معاملهٔ اشیاء حرام. همانطور که گفته شد، فلسفهٔ بانکداری اسلامی دوری از عناصر غیرمجاز است. لازم است در اینجا به مهمترین موارد این عناصر ممنوع، اشاره کنیم.<sup>۹</sup>

#### الف) ربا

ربا، یا بهرهٔ همراه با سوءاستفاده، در بسیاری از ادیان - از جمله اسلام، مسیحیت و

8. Muhammad Yusuf Saleem, *An Introduction to the Theoretical Foundations of Islamic Transactions*, (Ilmiah, Kuala Lumpur 2009), 78-79.

9. Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, (John Wiley, West Sussex 2008), 43-72.

یهودیت - ممنوع اعلام شده است. واژه عربی ربا، به معنای افزایش است. در اسلام، ربا عبارت است از افزایش از پیش تعیین شده مبلغ وام که شخص بدهکار موافقت می کند تا در بازه زمانی معینی به طلبکار خود بپردازد. دلیل ممنوعیت ربا این است که باید منابع پولی قرض گرفته شده، در مسیر سرمایه گذاری به کار گرفته شوند و با سعی و تلاش همراه شوند، که در این حالت کسب سود و زیان هر دو ممکن است. مشخص نمودن نرخ ثابت بهره، بدون توجه به حاصل و نتیجه سرمایه گذاری، متضمن بی عدالتی در حق قرض دهنده یا قرض گیرنده یا هر دو آنهاست. اینکه بازگشت پول را از پیش تعیین کنند، احتمالاً به وام دهنده یا وام گیرنده زیان می رساند، واقعیت های اقتصادی را نادیده می گیرد، و بازار را مختل می کند. بنابراین، انصاف این است که سود و زیان سرمایه گذاری، میان مالک سرمایه و استفاده کننده از آن تقسیم شود. اسلام ربا را حرام اعلام کرده است و قراردادهای مشارکت در سود و زیان را پیشنهاد می کند. سهم مالک سرمایه و استفاده کننده از آن باید با فعالیت های اقتصادی انجام شده مستقیماً مرتبط باشد. هر دو طرف، شایسته دریافت درصد معینی از سودی هستند که عملاً از سرمایه گذاری حاصل می شود.<sup>۱۰</sup>

### ب) غَرَر

معای لغوی غرر، ابهام است. در معنای خاص، غرر عبارت است از ابهام در قرارداد که ممکن است به اختلاف میان طرفین منجر شود. دلیل اصلی ممنوعیت غرر، ایجاد ابهام در حقوق و مسئولیت هایی است که می تواند به فریب دادن طرف مقابل منجر شود و او را قانع کند به اینکه مزایای بیشتری نصیبش می شود - امری که ممکن است در واقع درست نباشد. در بیشتر موارد، این ابهامات به نیت کلاهبرداری و تقلب، در قرارداد گنجانده می شوند. ابهام در هر قراردادی ممکن است از واضح نبودن موضوع قرارداد، قیمت، یا طرفین قرارداد ناشی شده باشد. فروش کالا بدون تعیین قیمت، بدون توصیف مناسب کالا، یا بدون اجازه دادن به خریدار برای بررسی دقیق کالا، همه مثالهایی برای معاملات غرری هستند. در فروش

10. Wahbah Zuhaili, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, translated into English by Mahmoud A. El-Gamal, vol. 1, (Dar al-Fikr al-Mouaser, Damascus 2003), 339-352.

خانه‌های در حال ساخت که کیفیت مواد ساختمانی یا زمان تکمیل شدن ساختمان و تاریخ تحویل آن نامشخص است، یا سازنده مجاز است تا مشخصات خانه یا طراحی داخلی یا خارجی آن را - چه با اخطار قبلی و چه بدون آن - تغییر دهد، نیز غرر وجود دارد. به همین ترتیب، بیع مال در آینده نیز می‌تواند غرری باشد، در صورتی که میزان اقساط، مدت پرداخت اقساط، یا روش پرداخت، روشن نباشد. بنابراین، چنین قراردادهایی به دلیل غرری بودن باطل‌اند، زیرا ابهامات موجود در آنها می‌تواند میان طرفین اختلاف ایجاد کند.

غرر با ریسک تفاوت دارد. ریسک به طور طبیعی با برخی انواع تجارت - که در آن امکان سود یا زیان وجود دارد - گره خورده است. ریسک از نبود قطعیت دربارهٔ سود احتمالی یا وقوع زیان ناشی می‌شود. غرر با ابهامات بالقوهٔ فریب‌دهنده در قرارداد به وجود می‌آید، در حالی که ریسک نوعی نبود قطعیت است که به قصد تقلب طراحی نشده است و به اختلاف میان طرفین منجر نمی‌شود. غرر زمانی اتفاق می‌افتد که اطلاعات لازم برای هر قراردادی آشکارا مطرح نمی‌شود، در حالی که از ریسک - حتی با آشکاربودن کامل اطلاعات لازم - نمی‌توان اجتناب کرد.<sup>۱۱</sup>

### ج) قمار (میسِر)

معنی لغوی میسر عبارت است از به دست آوردن بدون زحمت چیزی. اصطلاح میسر به هرگونه فعالیتی مربوط می‌شود که طی آن، شخص صرفاً بر مبنای بخت چیزی را به دست می‌آورد یا از دست می‌دهد. فرد برنده آنچه را به دست آورده، به طور مشروع به دست نمی‌آورد و بازنده نیز پول خود را بدون دریافت خسارت عادلانه از دست می‌دهد. قمار، شرط‌بندی در مسابقات اسب‌دوانی، فوتبال و قرعه‌کشی را نیز شامل می‌شود. در قمار، تبادل ارزش متقابل میان طرفین اتفاق نمی‌افتد. در نتیجه، این عمل به خصومت، نفرت و دشمنی میان برنده و بازنده منجر می‌گردد. به دلایل فوق، هرگونه قرارداد و توافقی که عنصر بخت (میسِر) در آن نقشی داشته باشد، غیر مجاز است.<sup>۱۲</sup>

11. Muhammad Yusuf Saleem, *Islamic Commercial law* (John Wiley and sons, Singapore 2013), 1-5.

12. See *Resolutions of the Securities Commission Syariah Advisory Council* (Kuala Lumpur: Securities

### د) اموال حرام و فعالیت‌های حرام

موضوع هر قرارداد تجاری یا مالی، باید حلال باشد. قراردادی که مال یا فعالیت حرام در آن نقشی دارد - مانند کازینوهای قماربازی، پورنوگرافی، محصولات صنعتی مخرب محیط زیست، یا ترویج تجارت‌های حرام دیگر - باطل است. قراردادهایی که دربرگیرنده تولید، واردات یا صادرات کالای حرام یا آن دسته کالاهایی هستند که عنصری حرام در آن نقش دارد، اعتباری ندارند. همچنین، یک فرد مسلمان نمی‌تواند سهام‌دار شرکتی شود که فعالیت‌های حرام انجام می‌دهد. اگر فعالیت اصلی شرکتی به ربا، قمار، غرر یا تولید و فروش کالاهای غیرمجاز، اختصاص داشته باشد، خرید سهام این شرکت نیز مجاز نیست؛ مثلاً، یک فرد مسلمان مجاز نیست سهام بانک‌های عرفی، شرکت‌هایی که کازینوها را اداره می‌کنند، شرکت‌هایی که نوشیدنی‌های الکلی را فرآوری، تولید و بازاریابی می‌کنند، شرکت‌هایی که گوشت حرام - مانند گوشت خوک - تولید می‌کنند، یا شرکت‌هایی که خدمات غیراخلاقی - مانند روسپی‌گری، میخانه یا دیسکو - ارائه می‌دهند، را خریداری کند.<sup>۱۳</sup>

### ۵. قوانین مالزی در زمینه بانکداری و مالیه اسلامی

کشور مالزی هنوز قانونی در زمینه بانکداری اسلامی و قراردادهای تجاری ندارد. قانون قراردادهای این کشور<sup>۱۴</sup> که مبتنی بر کامن‌لای<sup>۱۵</sup> (نظام رویه قضایی بریتانیا) است، مقرراتی درباره قراردادهای اسلامی دربر ندارد. در قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA)<sup>۱۶</sup> که جایگزین قانون بانکداری اسلامی<sup>۱۷</sup> شده است، نیز مقرراتی در خصوص انواع معاملات اسلامی دیده نمی‌شود. اگرچه قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA) به میزان زیادی از سی سال تجربه بانکداری اسلامی بهره‌مند شده است، اما موضوع آن نه قراردادهای، بلکه

Commission, 2002), 83-84.

13. Ibid, 108-113.

14. Contracts Act 1950 (Act 136).

15. Common law

16. Islamic Financial Services Act 2013 (Act 759)

17. Islamic Banking Act 1983 (Act 276)

قوانین شکلی مربوط به اجراآت است. موضوعات این قانون به طور کلی عبارتند از: مقررات تنظیمی<sup>۱۸</sup>، صدور جواز؛ شرایط مربوط به ویژگی‌ها، وظایف و نصب اعضای کمیته شرع و؛ نظام پرداخت؛ الزامات احتیاطی مانند اداره شرکت‌ها<sup>۱۹</sup> و بازرسی؛ نظارت بر مالکیت؛ حمایت از مصرف‌کننده و فعالیت‌های تجاری؛ بازار پولی اسلامی و بازار مبادله ارز، و سرانجام موضوعات اجرایی درباره مسأله تکفل.

یکی از مهمترین ویژگی‌های بانکداری اسلامی، مالیه اسلامی و تکفل در سراسر جهان و ازجمله در مالزی، لزوم برقراری کمیته‌ها و شوراهای مشورتی شرع است. بخش ۳۰ از قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA)، همه نهادهای مالی اسلامی را به تشکیل کمیته شرع برای مشورت دادن به آنها جهت اطمینان یافتن از تطابق تجارت، امور جاری و فعالیت‌های آنها با شرع موظف می‌کند. بانک مرکزی مالزی، معروف به بانک نگارا (BNM) دستورالعملی را درباره مدیریت کمیته شرع، برای نهادهای مالی اسلامی منتشر کرده است.<sup>۲۰</sup> مطابق بخش ۷ این دستورالعمل، همه نهادهای مالی اسلامی موظف به تشکیل کمیته شرع هستند. شخصی که به عنوان عضو کمیته شرع منصوب می‌شود، باید شرایط خاصی داشته باشد که در این راهنما بیان شده است. اعضای شورای مشورتی شریعت در بانک مرکزی، و نیز اعضای شورای مشورتی کمیته شرع نهادهای مالی، فقها و علمای مسلمانی هستند که تخصص کافی در اصول فقه و فقه معاملات دارند. بخش ۱۲ این دستورالعمل مقرر می‌دارد که شخصی که به عنوان عضو کمیته شرع منصوب می‌شود، «باید دست‌کم یا دارای صلاحیت یا دارای دانش، تخصص یا تجربه کافی» در اصول فقه یا فقه معاملات باشد. افراد متخصص در زمینه‌های دیگر مانند بانکداری اسلامی، حسابداری و اقتصاد نیز عضو این کمیته هستند. انتصاب افراد به عنوان اعضای کمیته شرع باید با پذیرش مکتوب قبلی از سوی بانک مرکزی انجام شود. حداقل تعداد علمای عضو در کمیته شرع بانک‌های اسلامی

18. Regulatory provisions

19. Corporate governance

20. *Guidelines on the Governance of Shariah Committee for Islamic Financial Institutions*, Bank Negara Malaysia

و نهادهای تکفل، پنج نفر است که بیشتر آنها باید تحصیلات خود را در حوزه‌های حقوق اسلامی و فقه گذرانده باشند. مطابق بخش ۳۳ (۳) قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA)، بانک اسلامی نمی‌تواند عضویت هیچ‌یک از اعضای کمیته شرع را بدون پذیرش مکتوب قبلی بانک مرکزی ملغی کند. این امر، ضامن استقلال اعضای کمیته شرع است. بخش ۳۵ قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA) مقرر می‌کند که بانک‌های اسلامی - به شرط محرمانه ماندن اطلاعاتشان - موظف به ارائه اسناد و اطلاعات صحیح و کاملی هستند که کمیته شرع می‌تواند نیاز داشته باشد.

بخش ۲۹ قانون خدمات مالی اسلامی (IFSA) به بانک مرکزی مالزی این اختیار را می‌دهد تا معیارهای قراردادهای گوناگون سپرده‌گذاری و مالی اسلامی را تعیین کند. این بخش مقرر می‌دارد:

این بانک می‌تواند مطابق مشورت یا حکم شورای مشورتی شرع، معیارهایی را در این دو زمینه تعیین کند:

(الف) موضوعات شرعی مرتبط با ادامه تجارت نهادها، امور جاری آنها، یا فعالیت آنها، در مواردی که نیاز به تعیین حکم حقوق اسلامی از سوی شورای مشورتی شرع دارند؛ و

(ب) برای اجرایی کردن مشورت یا حکم شورای مشورتی شرع

پیرو این بخش، بانک مرکزی اقدام به صدور سند سیاست‌گذاری یا معیارهایی درباره قرارداد مالی مرابحه نمود که در یکم ژانویه سال ۲۰۱۴ به اجرا درآمد. سند سیاست‌گذاری مرابحه، حاکم بر همه نهادهای مالی اسلامی است.<sup>۲۱</sup> این بانک همچنین اقدام به صدور لوائحی درباره بیع عینه<sup>۲۲</sup> و تورق نمود.<sup>۲۳</sup> علاوه بر آن، دستورالعمل‌هایی را نیز درباره

21. *Murabahah*, Bank Negara Malaysia Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/STD 028-4 <[http://www.bnm.gov.my/guidelines/05\\_shariah/CP\\_Murabahah\\_122013.pdf](http://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/CP_Murabahah_122013.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan. 2015.

22. *Bai' 'Ina*, *Shariah Requirements and Optional Practices, Exposure Draft*, Bank Negara Malaysia Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/CP 028-2 <[http://www.bnm.gov.my/documents/SAC/03\\_Bai%20Inah.pdf](http://www.bnm.gov.my/documents/SAC/03_Bai%20Inah.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

23. *Tawarruq*, *Shariah Requirements and Optional Practices, Exposure Draft*, Bank Negara Malaysia

قراردادهای تقسیم سود و زیان صادر کرد.<sup>۲۴</sup> تصمیم‌گیری دربارهٔ سازگاری برخی قراردادهایی که با هدف سپرده‌گذاری یا تأمین مالی منعقد می‌شوند، با اسلام، و اینکه آیا یک سپرده، تأمین مالی، یا صکوک خاص، یا یک محصول مالی خرد مشخص، مطابق شرع است یا نه، در اختیار کمیتهٔ شرع هر یک از بانک‌های اسلامی قرار گرفت.

بانک‌های اسلامی در مالزی برای تهیه و هدایت منابع پولی از انواع قراردادهای استفاده می‌کنند. این قراردادها شامل سپرده‌گذاری (ودیعه)، مضاربه، و وکالت است که از آنها برای دریافت سپرده از مشتریان بهره می‌گیرند. این بانکها همچنین برای ارائه خدمات مالی به مشتریان خود انواع قراردادهای دیگر را نیز به کار می‌گیرند، از جمله: استفاده از قرارداد مرابحه و بیع آینده (بیع بضمن آجل) (BBA) برای تأمین منابع مالی خرید خانه، استفاده از قرارداد بیع سَلَم برای تأمین منابع مالی کشاورزی، استفاده از قرارداد بیع استصناع برای تأمین منابع مالی تولید و ساخت و ساز، استفاده از قرارداد اجاره برای تأمین منابع مالی تهیه خودرو و سرانجام استفاده از قرارداد مضاربه یا مشارکت برای تأمین منابع مالی تجارت. این بانکها همچنین جهت صدور اعتبارنامه (السی) برای مشتریان خود، از قرارداد کفالت یا وکالت استفاده می‌کنند. این قراردادها به طور معمول در صکوک و محصولات مالی خرد کاربرد دارند. در ادامه، دربارهٔ قراردادهایی بحث خواهیم کرد که عموماً از سوی نهادهای مالی اسلامی در مالزی مورد استفاده قرار می‌گیرند.

## ۶. تسهیلات یا قراردادهای سپرده‌گذاری

نهادهای مالی اسلامی مالزی برای جابجایی منابع پولی از قراردادهای سپرده (ودیعه)، سرمایه‌گذاری (مُضاربه)، و نمایندگی (وکالت) بهره می‌گیرند. قرارداد ودیعه، که معنای لغوی آن امن نگه‌داشتن است، برای دریافت منابع پولی از سپرده‌گذاران استفاده می‌شود. این

Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/CP 028-5 <[http://www.bnm.gov.my/documents/SAC/13\\_Tawarruq.pdf](http://www.bnm.gov.my/documents/SAC/13_Tawarruq.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

24. *Guidelines on Musharakah and Mudharabah Contracts for Islamic Banking Institutions*, Bank Negara Malaysia

Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/GL/007-9 <[http://www.bnm.gov.my/guidelines/01\\_banking/04\\_prudential\\_stds/15\\_mnm.pdf](http://www.bnm.gov.my/guidelines/01_banking/04_prudential_stds/15_mnm.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

قرارداد، اصل پول سپرده‌گذاران را ضمانت می‌کند. سپرده‌گذارانی که در بانک‌های اسلامی حساب ودیعه دارند، چیزی بیش از مبلغ سپرده خود را دریافت نمی‌کنند. همچنین، مشتری بانک می‌تواند مطابق با قرارداد مضاربه با بانک، حساب سرمایه‌گذاری باز کند. دارندگان حساب سرمایه‌گذاری (مضاربه)، می‌توانند اصل پول خود، یا سودی را که از پیش معین نمی‌شود، دریافت کنند.<sup>۲۵</sup>

## ۷. تسهیلات یا قراردادهای مالی

بانک‌های اسلامی در مالزی برای ارائه منابع مالی به مشتریان خود، از انواع تسهیلات مالی، مبتنی بر قراردادهایی غیر از وام استفاده می‌کنند. در ادامه، بحثی کوتاه درباره این امکانات خواهیم داشت.

### (الف) تأمین منابع مالی بر مبنای بیع

بانک‌های اسلامی برای تأمین منابع مالی جهت خرید خانه، از قرارداد بیع آینده (بیع بئمن آجل) استفاده می‌کنند. مشتری، مال موردنظر خود را مشخص می‌کند و متعهد می‌شود که آن را از بانک بخرد. بانک، با تکیه بر این تعهد، مال را می‌خرد و آن را به‌طور مؤجل به مشتری می‌فروشد. ثمن معامله عبارت است از مبلغ هزینه خرید مال از سوی بانک، به‌اضافه سود مورد توافق طرفین. این میزان سود را بر مبنای مدت تأمین منبع پولی تعیین می‌کنند. ثمن از زمان انعقاد قرارداد مشخص است و نمی‌تواند تغییر کند. مشتری پرداخت را در آینده - براساس زمانی که مورد توافق قرار می‌گیرد - یک‌جا و یا طی اقساط، انجام می‌دهد.<sup>۲۶</sup>

از بیع سلم معمولاً برای تأمین منابع مالی کشاورزی استفاده می‌کنند. بانک‌های اسلامی، از پیش مبلغی - معادل قیمت کالای سلم - به کشاورز می‌دهند. کشاورز این پول را برای تأمین منابع مالی فعالیت‌های کشاورزی خود استفاده می‌کند. در زمان سررسید، کشاورز باید کالا را به بانک تحویل دهد. دیگر نوع قرارداد، قرارداد استصناع است که برای تأمین

25. See Bank Negara Malaysia, *Shariah Resolutions in Islamic Finance* (Bank Negara Malaysia, Kuala Lumpur 2007), 14-19.

26. See Bank Negara Malaysia, *What is al-Bai Bithaman Ajil (BBA) House Financing?* <<http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=174&pg=469&ac=388>>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

منابع مالی تولید و ساخت‌وساز مورد استفاده قرار می‌گیرد. بانک اسلامی همزمان هم با مشتری و هم با سازنده/تولید کننده، قرارداد استصناع را منعقد می‌کند. بانک اسلامی ممکن است ابتدا یک قرارداد استصناع با مشتری خود منعقد کند که مطابق آن خانه معینی را - که در دست ساخت است - یا خودرویی را - که در دست تولید است - به او بفروشد. سپس بانک یک قرارداد استصناع با سازنده یا تولیدکننده منعقد می‌کند. مبلغ قرارداد اول را مشتری طی اقساط می‌پردازد. در این نوع قرارداد، بانک باید دو قرارداد جداگانه، یکی با فروشنده و دیگری با مشتری منعقد کند. هرگونه اختلافی که رخ دهد، جداگانه و مطابق با قرارداد مربوط به خود رسیدگی می‌شود.<sup>۲۷</sup> بانک‌های اسلامی در معاملات ارزی خود، به‌طور یک‌جانبه متعهد می‌شوند (وعد) که ارز معینی را در آینده و با نرخ مورد توافق طرفین، بفروشند.

### (ب) تأمین منابع مالی بر مبنای اجاره

بانک‌های اسلامی در مالزی از قرارداد اجاره نیز در فعالیت‌های مالی خود بهره می‌گیرند. اصطلاحی که بانک‌های اسلامی از آن استفاده می‌کنند، الأجرة ثم البيع یا اجارة منتهية بالتملیک است که به ترتیب به معنای «اجاره، سپس بیع» و «اجارة منتهی به مالکیت مستأجر» است. منظور، نوعی از قرارداد اجاره است که در آن مستأجر این گزینه را دارد که عین مستأجره را در پایان مدت اجاره بخرد. این نوع قرارداد متشکل از قراردادهای اجاره و بیع در انتهای مدت اجاره است. معیار شرع شماره ۹ سازمان حسابداری و بازرسی نهادهای مالی اسلامی<sup>۲۸</sup> مقرر می‌کند:

باید توجه داشت که اجارة منتهیه بالتملیک، از نظر موارد زیر با اجاره-فروش<sup>۲۹</sup> - که معمولاً بانک‌های عرفی از آن استفاده می‌کنند - متفاوت است. در اجاره-فروش،

27. zjjh

28. Shariah Standard No. (9) of the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions

29. Hire-purchase (پانوشت توسط مترجم افزوده شده است)

شروط و مقررات قرارداد بیع و اجاره، همزمان بر موضوع قرارداد اعمال می‌شوند و در پی آن مالکیت موضوع قرارداد، به محض پرداخت آخرین قسط و بدون نیاز به قراردادی جداگانه برای انتقال مالکیت، به مستأجر (خریدار) منتقل می‌شود. این در حالی است که در اجاره منتهیه بالتملیک - که قراردادی مشروع است - مقررات حاکم بر اجاره تا پایان مدت اجاره بر عین مستأجره اعمال می‌شود و پس از آن مستأجر، مالکیت عین را به طریقی که در این سند شرح داده شده است، به دست می‌آورد.<sup>۳۰</sup>

به عنوان مثال، یک شرکت لیزینگ یا بانک، ممکن است خودرویی را براساس تعهد مشتری - که وعده تملک آن را از طریق اجاره می‌دهد - بخرد. بانک، خودرو را برای زمان معینی اجاره می‌دهد. نرخ اجاره بر مبنای ارزش مال، طول عمر آن، هزینه نگهداری و مقداری سود برای بانک محاسبه می‌شود. بانک ممکن است اجاره یک تا دو ماه را به عنوان پیش‌پرداخت درخواست کند تا از پرداخت اجاره، مطمئن شود. اگر مستأجر در پرداخت اجاره تأخیر کند یا اصلاً نتواند اجاره را بپردازد، بانک می‌تواند - با اخطار قبلی - قرارداد اجاره را فسخ کند. مستأجر این اختیار را دارد که عین مستأجره را در پایان مدت اجاره بخرد. قرارداد اجاره - فروش اسلامی را معمولاً برای تأمین منابع مالی خودرو یا خانه مورد به کار می‌گیرند. در پایان مدت اجاره، اگر عین مستأجره ارزش باقی مانده داشته باشد، موجر می‌تواند آن را به مستأجر بفروشد. و اگر ارزش باقی مانده‌ای نداشته باشد، شرکت لیزینگ می‌تواند آن را به مستأجر هبه کند.<sup>۳۱</sup>

### (ج) تأمین منابع مالی بر مبنای انصاف<sup>۳۲</sup>

بانک‌های اسلامی در تأمین منابع مالی بر مبنای انصاف، از قراردادهای مضاربه و مشارکت

30. Shariah Standard No. 9, *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek*, AAOIFI: Shariah Standards 1425-6H /2004-5, 135-158, at 151.

31. *Ijarah Concept Paper*, Bank Negara Malaysia Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/CP 028-9 <[http://www.bnm.gov.my/guidelines/05\\_shariah/Ijarah\\_CP.pdf](http://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/Ijarah_CP.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

32. Equity

استفاده می‌کنند. بانک اسلامی با توافق با مشتری خود، سرمایه مالی لازم را برای یک فعالیت تجاری مشخص فراهم می‌کند.<sup>۳۳</sup> بانک، به‌عنوان فراهم‌کننده منابع مالی (صاحب المال)، پول لازم برای واردات و صادرات را فراهم می‌نماید. قرارداد مضاربه نیز برای تأمین منابع مالی پروژه‌ها، ساخت‌وساز خانه و اعیان غیرمنقول، ساخت جاده‌های عمومی و پروژه‌های زیرساختی دیگر کاربرد دارد. بانک‌های اسلامی همچنین از قرارداد مشارکت برای تأمین منابع مالی خانه و پروژه‌ها استفاده می‌کنند. در قرارداد مشارکت، بانک اسلامی به جای قرض دادن پول بر مبنای نرخ ثابت، وارد مشارکت با مشتری می‌شود و سود و زیان را با او تقسیم می‌کند. بانک اسلامی، صرفاً وام‌دهنده نیست، بلکه سرمایه‌گذاری است که از موفقیت تجارت نفع می‌برد. قرارداد مشارکت همچنین به افرادی که سرمایه اندکی دارند اما می‌توان به موفقیت آنها امید داشت، این امکان را می‌دهد که منابع مالی مورد نیاز خود را تهیه کنند. همچنین ممکن است که بانک‌های اسلامی از قرارداد مشارکت (یا شركة العنان) برای تأمین منابع مالی واردات و صادرات استفاده کنند. بازرگانان می‌توانند برای تأمین بخشی از منابع مالی مورد نیاز خود برای معامله واردات یک کالای خاص به بانک‌های اسلامی رجوع کنند. پس از آنکه کالا فروخته شد، بازرگان و بانک می‌توانند سود به‌دست‌آمده را براساس معیاری که پیشتر مورد توافق قرار گرفته شده است، تقسیم کنند. قرارداد مشارکت را می‌توان برای تأمین منابع مالی لازم جهت صادرات کالا نیز به‌کار گرفت؛ مثلاً، بازرگانی که سفارش خاصی از خارج دارد، می‌تواند برای تأمین بخشی از منابع مالی مورد نیاز خود برای معامله صادرات آن کالا به بانک اسلامی مراجعه کند. قیمت کالای صادراتی از پیش معین است و بانک به‌راحتی می‌تواند سود آتی را محاسبه کند. بانک مرکزی مالزی دستورالعملی را صادر کرده است که سیاست‌ها و مقرراتی را که بر قراردادهای مشارکت و مضاربه نهادهای بانکی اسلامی حاکمند، بیان می‌کند.

در قرارداد مشارکت کاهنده (مشاركة متناقصة)، بانک اسلامی و مشتری می‌توانند برای تأمین منابع مالی لازم برای برخی فعالیت‌ها یا پروژه‌های سرمایه‌گذاری، وارد قرارداد

33. Guidelines on Musharakah and Mudharabah Contracts for Islamic banking Institutions (n 16).

مشارکت شوند. هر یک از دو شریک در تهیه درصدی خاص از سرمایه لازم برای این فعالیت، مشارکت می‌کند. به محض آنکه فعالیت آغاز می‌شود و سودی به دست می‌آید، یکی از دو شریک (بانک) می‌تواند به تدریج با فروختن سهم خود به طرف دیگر، خود از پروژه کنار بکشد. سهم بانک در سود به نسبت کاهش سهم آن در مالکیت، کم می‌شود، در حالی که در طرف دیگر، سهم شریک دیگر، همزمان هم در پروژه و هم در سود، افزایش می‌یابد. قیمت خرید سهم بانک، قابل مذاکره است. بانک ممکن است از طریق دریافت سود از این نوع مشارکت منتفع شود و از سوی دیگر، مشتری نیز تجارتي سودبخش به دست می‌آورد که می‌تواند آن را ارتقا بخشد و توسعه دهد.<sup>۳۴</sup>

قرارداد مشارکت کاهنده را در تأمین منابع مالی خرید خانه نیز به کار می‌گیرند. در این مورد، بانک اسلامی و مشتری مشترکاً خانه‌ای را می‌خرند. مشتری می‌تواند ۱۰ درصد از سرمایه لازم برای خرید خانه، و بانک باقی ۹۰ درصد لازم را فراهم کند. خانه، بعد از آن که خریداری شد، به مشتری اجاره داده می‌شود. بانک نمی‌تواند در مدت زمانی که خانه در حال ساخته شدن است و قابل سکونت نیست، اجاره‌ای دریافت کند. اجاره تنها پس از آن دریافت می‌شود که خانه در تصرف مشتری قرار بگیرد. این امر، اجاره دریافتی بانک را از بهره‌ای که برای وام پرداخت می‌شود، متمایز می‌کند. مشتری، اجاره ماهانه را براساس ۹۰ درصد سهم بانک در مالکیت خانه پرداخت می‌کند. مبلغ اجاره را می‌توان با در نظر گرفتن بازار اجاره آن محل، تعیین کرد. از آنجا که مشتری نیز سهمی در مالکیت خانه دارد، بانک نمی‌تواند یک‌جانبه اجاره‌بها را تغییر دهد. در عین حال، مشتری (شریک) این اختیار را دارد که سهام مالکیت را از بانک خریداری کند. او می‌تواند بخشی از سهام مالکیت یا همه آن را بخرد. پرداخت ماهانه به بانک، شامل مبلغ اجاره و قیمت سهام مالکیت می‌شود. قیمتی که شریک برای خرید سهام می‌پردازد، باید توسط ارزش ملک در بازار، در زمان خرید تعیین شود. سهام مالکیت نیز باید بر اساس قیمت آن در بازار فروخته شود. اگر قیمت خانه در

34. *Shariah Requirements, Optional Practices and Operational Requirements of Musharakah*, Bank Negara Malaysia Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/CP 034-1 <[http://www.bnm.gov.my/guidelines/05\\_shariah/CP\\_Musharakah.pdf](http://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/CP_Musharakah.pdf)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan, 2015.

بازار افزایش یا کاهش پیدا کند، این مسئله باید بر قیمت سهام نیز تأثیر بگذارد. درحالی که مشتری به مرور سهام مالکیت بیشتری به دست می‌آورد، میزان اجارهٔ پرداختی به بانک نیز کاهش می‌یابد. این امر تا آنجا ادامه می‌یابد که مشتری ۱۰۰ درصد مالکیت خانه را به دست آورد. درواقع، قرارداد مشارکت کاهنده، نوعی سرمایه‌گذاری مشترک است که در آن بانک و مشتری شریک یکدیگر هستند، و نه طلبکار و بدهکار. در صورت ناتوانی مشتری در ایفای تعهدات خود، هر یک از دو شریک می‌توانند پس از فروش خانه، سهم خود را به دست آورند.<sup>۳۵</sup>

## ۸. صُکوک

صُکوک (مفرد: صُک) به معنای سند یا گواهی (شهادة، وثیقه) است. صُکوک سندی است که متضمن مالکیت مشاع دارندهٔ آن بر بخشی از مالی است که هنوز تفکیک نشده است. مطابق این سند، دارندهٔ صُکوک از همهٔ حقوق و تعهدات نسبت به آن مال برخوردار است.<sup>۳۶</sup> استانداردهای سازمان بازرسی و حسابرسی نهادهای مالی اسلامی (AAOIFI) مقرر می‌کند که صُکوک در صورتی قابل خرید و فروش است که متضمن بروات وصولی یا بدهی‌ها نباشد.<sup>۳۷</sup> صُکوک با اوراق قرضه تفاوت دارد. صُکوک سهم مالکیت در مالی را نشان می‌دهد که سود تولید می‌کند، درحالی که اوراق قرضه، نمایانگر بدهی سودآوری است که باید صادرکنندهٔ اوراق قرضه به دارندهٔ آن پردازد. دارندگان صُکوک درصدی از سود واقعی را دریافت می‌کنند، درحالی که دارندگان اوراق قرضه به‌طور منظم بهره‌ای را به‌عنوان درصدی از سرمایه دریافت می‌کنند.

صُکوک، منبع مستقیم تأمین منابع مالی است و مقرون به‌صرفه‌تر است. همچنین برای تشکیل صُکوک از انواع گوناگون قراردادها استفاده می‌کنند. این قراردادها عبارتند از: صُکوک المرابحه، صُکوک الاجاره، صُکوک المضاربة، صُکوک الإلتفاع، صُکوک السَلَم، صُکوک

35. Saleem, *Islamic Commercial Law*, (n 6) 105-6.

36. Shariah Standard No. 17, *Sukuk*, AAOIFI: Shariah Standards.

37. Ibid.

الاستصناع، صکوک المشاركة. در صکوک الاجاره، دارندگان صکوک - به عنوان مالک مال - اجاره دریافت می کنند. صکوک الاجاره به دارندگان صکوک، اختیار فروش می دهد تا صادرکننده صکوک بتواند مال تحت صکوک را براساس قیمت توافقی اولیه، بخرد.<sup>۳۸</sup>

## ۹. بیمه اسلامی (تکفل)

بیمه اسلامی (تکفل)، مفهومی است که مطابق آن گروهی موافقت می کنند تا از طریق اهداء (تبرع) مبلغ معینی در تهیه یک منبعی مالی، مشارکت کنند تا بدان وسیله در برابر زیان یا خسارت مشخصی، برای یکدیگر ضمانتی ایجاد کنند. منبع پولی یادشده را گرداننده تکفل اداره می کند. گرداننده تکفل در صورت بروز ضرر یا خسارت، مبلغی را به مشارکت کنندگان زیان دیده می دهد. مشارکت کنندگان و طرف گرداننده تکفل، هر یک سهمی در مبلغ باقی مانده خواهند داشت. براساس این اصل، تکفل مانند یک وسیله حمایت و تسهیم سود عمل می کند.<sup>۳۹</sup> صنعت بیمه اسلامی مالزی (تکفل) از قرارداد وکالت برای بیمه خودرو و بیمه عمومی استفاده می کند. مشارکت کنندگان به عنوان طرف اصیل شناخته می شوند و گرداننده تکفل، وکیل آنهاست. تکفل خانواده مبتنی بر قرارداد مضاربه است. مشارکت کنندگان، فراهم آورنده منبع مالی (صاحب المال) هستند و شرکت مسؤول تکفل، به عنوان مدیر منبع مالی (مضارب) عمل می کند. مطابق بخش ۹/۳ راهنمای چارچوب عملیاتی تکفل،<sup>۴۰</sup> گرداننده تکفل خانواده، منابع پولی ریسک مشارکت کنندگان<sup>۴۱</sup> (PRF) و منبع پولی سرمایه گذاری مشارکت کنندگان<sup>۴۲</sup> (PIF) را جداگانه راه اندازی می کند. منابع پولی ریسک مشارکت کنندگان (PRF)، مجموعه مبالغی است که مشارکت کنندگان براساس تبرع و با این هدف پرداخته اند که هزینه های قابل پرداخت را مطابق قرارداد تکفل - در صورت ادعای بروز اتفاق/ریسک ازسوی یکی از مشارکت کنندگان - پوشش دهد. پولی که در منابع

38. For a discussion on sukuk see, Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, (n 4), 389-415.

39. *Islamic Banking and Takaful*, Bank Negara of Malaysia <[http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs\\_mfs&pg=fs\\_mfs\\_bank](http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs_mfs&pg=fs_mfs_bank)>, accessed on 30<sup>th</sup> Jan 2015.

40. Guidelines for Takaful Operational Framework

41. Participants' Risk Fund

42. Participants' Investment Fund

مالی ریسک مشارکت‌کنندگان (PIF) قرار دارد و مشخصاً متعلق به مشارکت‌کنندگان است، به پس‌انداز و/یا سرمایه‌گذاری اختصاص داده می‌شود.<sup>۴۳</sup> شرکت تکفل این پول را از طرف مشارکت‌کنندگان سرمایه‌گذاری می‌کند و زمانی که این سرمایه به شکوفایی رسید، اصل و سود را به مشارکت‌کنندگان باز می‌گرداند.<sup>۴۴</sup>

## ۱۰. قوانین افغانستان در زمینهٔ بانکداری اسلامی

بانکداری اسلامی نوعی بانکداری قرارداد-محور است که در آن، سود جای بهره را می‌گیرد. بخشی از حقوق اسلامی که به‌طور خاص به قراردادهای (عقود) می‌پردازد، فقه معاملات نام دارد. فقه معاملات یا حقوق قراردادهای، به‌شکل غیر مدون در کتاب‌های فقهی گوناگون ذکر شده است. یکی از نخستین تلاش‌ها برای مدون کردن حقوق قراردادهای اسلامی به قرن نوزدهم باز می‌گردد. عثمانی‌ها مجلهٔ الاحکام العدلیه را همچون قانونی مدون عرضه کردند که بحث‌های طولانی فقهی دربارهٔ دیدگاه‌های متفاوت فقهای مسلمان را دربرداشت. در اوایل قرن بیستم، هر یک از کشورهای خاورمیانه سعی می‌کردند قوانین مدنی خود را در زمینهٔ قراردادهای تدوین کنند. عبدالرزاق السنهوری (۱۸۹۵-۱۹۷۱) به‌عنوان معمار اصلی قوانین مدنی مدرن در مصر، عراق، سوریه، کویت و قطر شناخته می‌شود.<sup>۴۵</sup> قانون مدنی افغانستان، تحت تأثیر این جنبش‌های قانون‌گذاری و جریان‌های تدوین حقوق اسلامی در خاورمیانه، شکل گرفته است.

قانون مدنی افغانستان، دربرگیرندهٔ قانون افغانستان در زمینهٔ قراردادهاست. تاریخ مدرن قانون مدنی و قوانین تجاری در افغانستان به سال‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۶۳ باز می‌گردد. نسخه‌ای بازنگری‌شده از قانون مدنی در سال ۱۹۷۷ در دورهٔ جمهوری به تصویب رسید. الگوی

43. *Guidelines for Takaful Operational Framework*, Bank Negara Malaysia Islamic Banking and Takaful Department, BNM/RH/GL 004-22 <[http://www.bnm.gov.my/guidelines/02\\_insurance\\_takaful/03\\_prudential\\_stds/19\\_guidelines\\_operational\\_framework.pdf](http://www.bnm.gov.my/guidelines/02_insurance_takaful/03_prudential_stds/19_guidelines_operational_framework.pdf)>, accessed on 31<sup>st</sup> Jan, 2015.

44. For a discussion on a variety of *takaful* products see Mohammed Obaidullah, *Islamic Financial Services*, (n 2), 119-142.

45. Nabil Saleh, "The Law governing Contracts in Arabia", (1989) 38(4) *International and Comparative Law Quarterly*, 761-787

قانون مدنی افغانستان، قانون مدنی مصر بود و عمدتاً مبتنی بر فقه مذهب حنفی است. ماده ۱ این قانون مقرر می‌کند که دادگاه می‌تواند در نبود قانون صریح به احکام مذهب حنفی رجوع کند. قوانین تجاری و مالی در کتاب دوم از جلد سوم قانون مدنی گنجانده شده‌اند. کتاب دوم، حاوی قواعد مفصل در زمینه قراردادهای تجاری است. در ادامه، این قراردادها را بررسی خواهیم کرد.

### (الف) قرارداد بیع

مواد ۱۰۳۵ تا ۱۱۲۳ قانون مدنی، قرارداد بیع را بررسی می‌کند.<sup>۴۶</sup> ماده ۱۰۳۵ عقد بیع (بیع بضمن آجل) را قراردادی می‌شناساند که مطابق آن، فروشنده مالکیت مبیع را در برابر ثمن به خریدار منتقل می‌کند (تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالکیت ثمن مبیعه). مبیعه باید موجود باشد، مالیت داشته و قابل تسلیم باشد (ماده ۱۰۳۸). ماده ۱۰۵۷ (۲) می‌گوید: مقاولات فروش طبقات و منازل عماراتیکه براساس نقشه‌های طرح شده شهری مطابق به مقررات ساختمانی دولت صورت می‌گیرد قبل از اعمار آن جواز داد. ماده ۱۰۶۴ مقرر می‌کند: «(بیع به ثمن مُعَجَّل یا مُؤَجَّل [باتأخیر]... جواز دارد. همچنان شرط تعیین اقساط در ثمن، که به مواعید معینه تادیه شود، مجاز می‌باشد». این ماده همچنین می‌گوید که قرارداد بیع می‌تواند متضمن این شرط باشد که در صورت عدم تأدیه هر یک از اقساط در مهلت مقرر، ثمن معامله به ثمن معجل تبدیل شود (همچنین نک ماده ۱۱۱۰). بیع به ثمن مؤجل این امکان را به بانک اسلامی می‌دهد که برای خرید خودرو و خانه، منابع مالی ارائه دهد. بانک، مال را به ثمن معجل می‌خرد و آن را به قیمتی که شامل هزینه به اضافه سود است، به مشتری می‌فروشد. ماده ۱۰۶۸ ماده مهمی است، زیرا به بیع مُرَابَحَه اشاره می‌کند که یکی از رایج‌ترین قراردادهایی است که بانک‌های اسلامی از آن برای ارائه خدمات مالی به مشتریان خود استفاده می‌کنند.

قرارداد بیع میان بانک اسلامی و خریدار (مشتری)، معمولاً پس از تعهد مشتری به خرید

46. See Qanuni Madani 1355 HS, vol.3, Second Book, Nominated Contracts, Part one, section one, <[http://moj.gov.af/content/files/OfficialGazette/0301/OG\\_0353-3.pdf](http://moj.gov.af/content/files/OfficialGazette/0301/OG_0353-3.pdf)>, accessed on 31<sup>st</sup> Jan 2015.

مال منعقد می‌شود. بانک تنها در صورتی مال را می‌خرد که مشتری، از پیش به خرید آن مال از بانک متعهد شده باشد. تعهد مشتری ضروری است، زیرا ممکن است که او بعداً از خرید مال منصرف شود. مشتری متعهد می‌شود که اگر بانک مال را بخرد، آن را بر اساس مرابحه از بانک خواهد خرید. ثمن معامله دوم بر اساس هزینه خرید مال در معامله اول، به اضافه حاشیه سودی محاسبه می‌شود که در مرحله وقوع تعهد، مورد موافقت طرفین بوده است. حاشیه سود، بر اساس مدت دوره زمانی تأمین منبع مالی محاسبه می‌شود. ثمن از زمان امضاء قرارداد مشخص می‌شود و قابل تغییر نیست. پرداخت را مشتری به صورت مؤجل و در زمانی در آینده - که روی آن توافق می‌شود - و به طور یکجا یا طی اقساط انجام می‌دهد. بانک باید به عنوان یک تاجر عمل کند، نه تأمین کننده صرف منابع مالی. خرید و مالکیت مال پیش از فروش آن به مشتری، ضروری است. ریسک معامله، تا پیش از انتقال مالکیت و تسلیم مال به مشتری، متوجه بانک است. سود حاصل مشروع است، زیرا از خرید و فروش مال به دست آمده است و نه از بهره وام.

### (ب) بیع مال آینده (سَلَم)

بیع مال آینده (سَلَم) در مواد ۱۱۲۴ تا ۱۱۳۲ قانون مدنی بحث شده است.<sup>۴۷</sup> ماده ۱۱۲۴، سَلَم را قراردادی تعریف می‌کند که در آن، مال آینده (ثمن آجل) در برابر ثمن عاجل [پرداخت فوری] فروخته می‌شود. مبیع سلم باید از اقلام غذایی اصلی مانند گندم یا برنج باشد. همچنین مبیع باید از زمان انعقاد قرارداد تا زمان تحویل، در بازار موجود باشد. مبیع باید از لحاظ وزن، نوع و اوصاف مشخص باشد. زمان تسلیم مبیع نیز باید از پیش معین باشد. ماده ۱۱۲۹ بیان می‌کند که زمان تحویل مبیع سلم نباید کمتر از یک ماه باشد.

سلم ذاتاً در اساس توافقی رو به آینده است و به عنوان روشی برای تأمین منابع مالی فعالیت‌های کشاورزی خرد استفاده می‌شود. کشاورزی که کوتاه-مدت به پول نیاز دارد، مبیع مشخصی را با شرط تحویل در آینده به بانک یا بانک کشاورزی، می‌فروشد. بانک، ثمن

را کامل می‌پردازد و کشاورز می‌تواند از ثمن به‌دست‌آمده برای فعالیت‌های کشاورزی خود استفاده کند. کشاورز در تاریخ مورد توافق مبیع را تسلیم بانک می‌کند. سپس بانک مبیع را در بازار می‌فروشد. از آنجایی که ثمنی که بانک به کشاورز می‌پردازد، کمتر از قیمت مورد انتظار در آینده است، بانک از این معامله سود می‌کند.<sup>۴۸</sup>

### (پ) صرف

مواد ۱۱۳۳ تا ۱۱۳۵ قانون مدنی به قرارداد صرف و شرایط آن می‌پردازد.<sup>۴۹</sup> ماده ۱۱۳۳، صرف را بیع نقد به نقد تعریف می‌کند. ماده ۱۱۳۴ مقرر می‌کند که یکی از شروط اعتبار قرارداد صرف این است که طرفین قرارداد، قبل از تفریق، بدلین را قبض کنند. عقد نیز باید از خیار شرط و تأجیل خالی باشد. یک اصل مربوط به پैसे (پول) این است که آن را نمی‌توان به اعتبار خرید یا فروخت، بلکه باید فی‌المجلس مورد مبادله قرار گیرد. نتیجه این اصل این است که پैसे (پول) را تنها به صورت نقد می‌توان معامله کرد.

### (ج) بیع وفا

مواد ۱۱۳۶ تا ۱۱۵۱ قانون مدنی به بیع وفا و شرایط اعمال آن می‌پردازد.<sup>۵۰</sup> ماده ۱۱۳۶، بیع وفا را این‌گونه تعریف می‌کند: داشتن حق استرداد مبیعه برای بایع، و از ثمن برای مشتری. ماده ۱۱۳۷ مقرر می‌کند که حق استرداد بایع و مشتری نمی‌تواند به زمان خاصی مقید باشد. خریدار می‌تواند از مال استفاده کند اما نمی‌تواند مالکیت آن را از طریق بیع یا قراردادهای دیگر به شخص ثالثی منتقل کند (ماده ۱۱۳۸). مبیع، تا زمانی که بایع درخواست استرداد آن را بنماید، در مالکیت خریدار می‌ماند. هنگامی که بایع از حق خود برای درخواست استرداد مال استفاده می‌کند، باید هزینه‌ای را که برای انتقال مالکیت صورت گرفته است، پرداخت کند. ماده ۱۱۵۱ می‌گوید که چنانچه بیع وفا به‌عنوان پوششی برای وام استفاده شود، چنین قراردادی نه بیع است و نه وام، و در نتیجه قراردادی باطل تلقی می‌شود. بیع وفا در صورتی

48. Mohammed Obaidullah, *Islamic Financial Services*, (n 2), 95-6.

49. Qanuni Madani 1355 HS (n 32), chapter two.

50. Ibid.

ماهیتاً وام محسوب می‌شود که خریدار تصریح کند که بایع باید مبلغ اصلی را به همراه بهره استرداد کند، یا در صورتی که مبیع در مالکیت بایع باقی بماند. بیع وفا، همهٔ خصوصیات مربوط به اختیار خرید/فروش<sup>۵۱</sup> را که به‌طور گسترده در صکوک اجاره یا صکوک صادرشده از سوی دولت استفاده می‌شوند، داراست. بر این اساس، صادرکنندهٔ صکوک اجاره حق دارد، خرید مال تحت صکوک را از دارندهٔ صکوک خریداری کند. به‌همین ترتیب، دارندگان صکوک، حق فروش مال تحت صکوک را به صادرکنندهٔ صکوک دارند.

### (چ) هبه

مواد ۱۱۷۶ تا ۱۲۱۵ قانون مدنی قرارداد هبه و شرایط آن را بررسی می‌کند.<sup>۵۲</sup> مادهٔ ۱۱۷۶ قرارداد هبه را اینگونه تعریف می‌کند: تمیک مال به شخص دیگر بدون عوض، که گاهی در مقابل عوض نیز صورت می‌گیرد. شخصی که مانعی برای داشتن اهلیت حقوقی ندارد، می‌تواند تمام یا بخشی از مال خود را به هر کس که بخواهد، منتقل کند (مادهٔ ۱۱۷۷). قرارداد هبه، تنها در صورتی کامل تلقی می‌شود که طرف مقابل آن را قبول کند و مال را نیز تصرف نماید. قرارداد هبه کامل نمی‌شود، مگر آنکه دریافت‌کنندهٔ هبه، ایجاب را قبول کند و مال را به تصرف خود درآورد (مادهٔ ۱۱۷۸).

### (د) شرکت

مواد ۱۲۱۶ تا ۱۲۶۰ قانون مدنی به قراردادهای شرکت می‌پردازد.<sup>۵۳</sup> مادهٔ ۱۲۱۶، شرکت را به‌عنوان عقدی تعریف می‌کند که «بموجب آن دو یا زیاده از اشخاص تعهد مینمایند، تا در بکار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه که بین آنها صورت گرفته، توزیع شود». شرکت می‌تواند مبتنی بر مشارکت برابر یا نابرابر در سرمایه، خدمات یا اعتبار باشد. در شرکت مبتنی بر مشارکت برابر، همهٔ طرف‌ها به‌طور مساوی در تهیهٔ سرمایهٔ شرکت و مدیریت آن

51. Call and put options

52. Ibid, chapter two.

53. Ibid, chapter three.

مشارکت می‌کنند و سود و زیان را نیز به طور مساوی تقسیم می‌کنند. در شرکت مبتنی بر مشارکتِ نابرابر (عِنان)، ممکن است که شرکا از نظر مشارکت در سرمایه و مدیریت و تقسیم سود و زیان، موقعیت‌های متفاوتی داشته باشند (مواد ۱۲۱۷ تا ۱۲۱۹).

بانک اسلامی می‌تواند وارد تجارت مشترک با مشتری‌ای شود که هم در ابتکار ایجاد تجارت جدید، و هم در سرمایه، مشارکت می‌کند. این می‌تواند هر نوع تجارتی را شامل باشد. سود حاصل، براساس درصد مورد توافق طرفین میان بانک و مشتری تقسیم می‌شود. زیان نیز باید براساس مقدار مشارکت هر یک از طرفین در سرمایه، تقسیم شود.

### (ر) شرکت به اعتبار

قانون مدنی شرکت به اعتبار را نیز به رسمیت شناخته است. ماده ۱۲۲۰، شرکت به اعتبار را شرکتی می‌داند که در آن دو نفر یا بیشتر، کالاهایی را بر مبنای اعتبار مشترک خود و به صورت نسبه، خریداری می‌کنند و توافق می‌نمایند که هر یک از ایشان، باید کالاها را بفروشد و سود و زیان را تقسیم کند. ماده ۱۲۲۱، مقرر می‌کند که شرکتی که به طریق صحیحی شکل گرفته باشد، به شرط ثبت شدن، شخصیت حقوقی خواهد داشت. ماده ۱۲۳۲ مقرر می‌دارد که شرکا می‌توانند سود را بر مبنای توافق قبلی یا بر مبنای سهمی که در سرمایه شرکت دارند، تقسیم کنند. مطابق ماده ۱۲۴۷، مسئولیت شرکا در قبال طلبکاران نامحدود است. شرکا می‌توانند مالک مقادیر نابرابری کالا باشند و در این صورت، سود و زیان را باید بر مبنای سهم هر یک از شرکا در مالکیت کالاها تعیین کنند.

شرکت وجوه این امکان را به هر یک از شرکا می‌دهد تا انواع گوناگون کالا را خریداری کنند که می‌تواند بعداً به افزایش مقدار کالاهای خریداری شده منجر گردد و به نوبه خود، به فروش و درآمد بیشتر برای شرکا منتج شود. این شرکت به شرکا اجازه می‌دهد که به خلق دارایی/ایجاد سود، بدون مشارکت در سرمایه اصلی دست بزنند؛ مثلاً، دو خرده‌فروش - یا بیشتر - می‌توانند کالاهایی را بر مبنای اعتبار خود از عمده‌فروشان متعدد بخرند و مشترکاً آن را نقداً بفروشند. به همین ترتیب، دو شرکت - یا بیشتر - ممکن است شهرت خود را روی هم

بگذارند و بر اساس اعتبار خود کالاهایی را با قیمت پایین‌تر از تولیدکنندگان بزرگ بخرند و به مشتریان‌شان بفروشند. شرکت وجوه را افراد و شرکت‌هایی استفاده می‌کنند که سرمایه کافی برای خرید نقد کالا ندارند. این قرارداد همچنین افراد و شرکت‌ها را تشویق می‌کند تا حسن نیت خود را نشان بدهند. این امر نیز به نوبهٔ خود نفع کلانی به جامعه می‌رساند. شرکت وجوه، فروشندگان را به فروش بیشتر بر مبنای اعتبار، به جای مجبور کردن خریداران به قرض پول نقد از دیگران برای خرید نقدی کالا از فروشندگان، تشویق می‌کند.

شرکت وجوه، قراردادی مناسب برای تأمین منابع مالی تجارت‌های کوچک است. یک شرکت خرد تأمین منابع مالی می‌تواند کالایی را بخرد و آن را بر مبنای پرداخت مؤجل به اشخاصی که شرکت به اعتبار تشکیل داده‌اند، بفروشد. شرکا، مشترکا مسئول تسویه بدهی خود به شرکت خرد تأمین منابع مالی، خواهند بود. بدهی می‌تواند یکجا یا طی اقساط تسویه شود. شرکا می‌توانند مشترکاً یا جداگانه کالاهای خود را بفروشند، قیمت کالا را به شرکت خرد تأمین منابع مالی بپردازند و سود را میان خود تقسیم کنند. همچنین می‌توان از این الگو در موردی استفاده کرد که شرکت خرد تأمین منابع مالی، به خرید برخی اقلام مانند ماشین‌آلات تولید، کامیون‌های کوچک و حتی دام‌هایی مانند گوسفند و گاو اقدام می‌کند و آن را به اعتبار، به گروهی از تاجران خرد می‌فروشد. پس از تسویه بدهی، آنها مالک آن تجارت می‌شوند و سود و زیان آن را تقسیم می‌کنند.

### (س) مضاربه

مواد ۱۲۶۱ تا ۱۲۸۰ قانون مدنی به قرارداد مضاربه اختصاص دارد.<sup>۵۴</sup> مطابق ماده ۱۲۶۱ قانون مدنی، مضاربه «شرکتیست بین دو شخص که یکی به پرداخت سرمایه و دیگری که مضارب نامیده میشود، بانجام عملی در آن سهم می‌گیرد». ماده ۱۲۶۵ مقرر می‌کند که شرکت مضاربه شخصیت حقوقی ندارد، «شرکت مضاربت حایز شخصیت حکمی شده نمیتواند». این قانون هر دو نوع مضاربه مطلق و مقید را به رسمیت می‌شناسد. مضاربه

مطلق، نوعی مضاربه است که به زمان، مکان، یا تجارت خاصی محدود نیست و در آن فروشنده و خریدار مشخص نیستند. به عکس، مضاربه مقید، به زمان، مکان، نوع خاصی از تجارت و شرکای تجاری مشخص، محدود است. مضارب مجاز به نقض این محدودیت‌ها نیست (مواد ۱۲۶۶ تا ۱۲۷۱)؛ مثلاً، طرف سرمایه‌گذار ممکن است تصریح کند که سرمایه باید در تجارتی خاص سرمایه‌گذاری شود، یا تجارت باید در مکانی خاص یا با افرادی مشخص انجام شود. مضارب در صورت نقض این محدودیت‌ها مسئول خواهد بود. فایده اعمال محدودیت این است که از سرمایه‌گذاری مضارب در فعالیت‌های تجاری پُرخطر جلوگیری می‌کند. مطابق ماده ۱۶۷۲، مضارب تنها در صورتی مسئول نقص سرمایه است که تقصیر او ثابت شود. قرارداد مضاربه به طور گسترده از سوی بانک‌های اسلامی در حساب‌های سرمایه‌گذاری‌شان مورد استفاده قرار می‌گیرد. فراهم‌آوردندگان سرمایه به عنوان صاحب‌المال شناخته می‌شوند و بانک، نقش مضارب را دارد. آنچه نصیب دارندگان حساب سرمایه‌گذاری خواهد شد از پیش معین نیست و می‌تواند از زمانی به زمان دیگر تغییر کند و بستگی به مقدار سودی دارد که بانک به دست می‌آورد.

### (ع) شرکت در کار

مواد ۱۲۸۱ تا ۱۲۸۷ قانون مدنی به شرکت در کار اختصاص دارد. مطابق ماده ۱۲۸۱ «شرکت در کار آنست که دوشخص یا بیشتر از آن انجام کار یا تعهدی را برای شخص دیگری طوری متقبل شوند که اجرت بین شان بصورت مساویانه یا متفاوت تقسیم شود».

آورده شرکت‌ها تنها شامل کار، خدمت، یا مهارت است و سرمایه را دربر نمی‌گیرد. آنها مشترکاً به ارائه خدمات به مشتریان متعهد می‌شوند و دستمزد را براساس توافق قبلی، میان خود تقسیم می‌کنند. در عمل، شرک‌العمل می‌تواند برای نمونه میان دو یا چند خیاط، لوله‌کش، کفّاش، آرایشگر، وکیل، پزشک، دندان‌پزشک، یا حسابدار منعقد شود که با یکدیگر توافق می‌کنند تا کار/خدمات خود را برای انجام اموری روی هم بگذارند و در پایان سود به دست آمده را به طور برابر یا مطابق توافق تقسیم کنند. به علاوه، انجام بعضی امور، نیاز به ترکیب

مهارت‌ها و تخصص‌های گوناگون دارد؛ مثلاً، شریکی می‌تواند با ارائه مهارت خلاّقانه خود در زمینه طراحی و مد، در تولید طرحی مشارکت کند و دیگری می‌تواند مهارت خیاطی خود را برای دوختن لباس به کار گیرد و شریک سوم می‌تواند از مهارت بازاریابی خود برای فروش لباس‌ها استفاده کند. به همین ترتیب، متخصصین بازاریابی و داروسازی می‌توانند گرد هم آیند تا به فروش نوع جدیدی از داروهای گیاهی اقدام کنند. مثال دیگر، مرکزی آموزشی است که در آن معلمانی که در زمینه‌های متفاوتی مثل ریاضی، فیزیک، شیمی و زیست‌شناسی تخصص دارند، درباره تشکیل شرکتی توافق و به دانش‌آموزان درسهای تخصصی خود را ارائه دهند. حتی کارگرانی که مهارت ویژه‌ای ندارند، می‌توانند مشترکاً به انجام کار فیزیکی مشخصی بپردازند و دستمزد را میان خود تقسیم کنند. شركة العمل راهی است برای قادر ساختن کارگران یا متخصصان برای گردهم آمدن، تشکیل شرکت، انجام امور به شکل مشترک و تقسیم دستمزد به جای استخدام شدن توسط کارفرما و انجام همان کار در برابر دستمزد یا حقوق. شركة العمل، کارگران/افراد حرفه‌ای را به انجام فعالیت‌های تجاری به طور مشارکتی - حتی بدون داشتن سرمایه - تشویق می‌کند.

### (ک) وام (قرض)

مواد ۱۲۸۸ تا ۱۲۹۶ قانون مدنی به قرارداد وام می‌پردازد.<sup>۵۵</sup> مطابق ماده ۱۲۸۸، وام (قرض) «عقدیست که بموجب آن یکی از طرفین ملکیت پول نقد یا عین معلوم را از اعیان مثلی به طرف دیگر انتقال دهد که طرف دیگر مثل آنرا در نوع، مقدار و وصف بعد از انتهای موعّد معین به قرض دهنده رد نماید». اثر قرارداد وام این است که مالکیت مال را بی‌قید و شرط به وام‌گیرنده منتقل می‌کند. ماده ۱۲۹۵ این قانون، اهمیت ویژه‌ای دارد. این ماده می‌گوید «فایده [بهره] در قرض جواز ندارد مگر اینکه قانون طور دیگری تصریح نماید».

### (ل) قرارداد اجاره

مواد ۱۳۲۲ تا ۱۳۹۷ قانون مدنی درباره قرارداد اجاره و استخدام است.<sup>۵۶</sup> کلمه «اجاره»، هم

55. Ibid, section four.

56. Ibid, Part two, chapter one.

به اجاره در معنای مصطلح آن، و هم به استخدام اشاره می‌کند. مطابق ماده ۱۳۲۲، اجاره، قراردادی است که در آن مالکیت منافع مال، در مقابل عوض معین از موجر به مستأجر منتقل می‌شود، «عقد اجاره، عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینیکه به اجاره داده میشود توسط اجاره دهنده برای اجاره گیرنده بعوضیکه قابلیت بدل را دارا باشد». موضوع عقد اجاره می‌تواند مال منقول یا غیر منقول باشد. موجر، مسئول هزینه‌های مربوط به نگهداری مال است (ماده ۱۳۵۱). او همچنین مسئول مالیات بر درآمد و سایر تعهدات مالی است، مگر آنکه در قرارداد، طور دیگری مقرر شده باشد (ماده ۱۳۵۳). موجر همچنین مسئول هزینه‌های دیگری مانند هزینه برق و آب نیز است (ماده ۱۳۵۳). عین مستأجره، نزد مستأجر امانت است. مستأجر موظف است از آن همچون مال خود مراقبت کند. مطابق ماده ۱۶۷۲، مستأجر تنها در صورتی مسئول خسارت وارده به عین مستأجره است که تقصیر او ثابت شود. مطابق ماده ۱۳۳۱، مال مشاع را می‌توان به شریک مال یا شخص دیگری اجاره داد، «اجاره حصه مشاع، برای شریک یا غیر شریک جواز دارد». اگر مستأجر بخشی از عین مستأجره را بخرد و مالک مشاع آن شود، قرارداد اجاره باطل نمی‌شود (ماده ۱۳۳۲). این مسئله راه را برای تأمین منابع مالی خرید خانه بر اساس مشارکت کاهنده (مشارکت متناقضه) هموار می‌کند که در آن بانک و مشتری مشترکاً مالک مالی می‌شوند که بعداً به مشتری اجاره داده خواهد شد. همزمان مشتری این اختیار را دارد که سهم خود در مالکیت را از طریق خرید واحدهای مالکیت از بانک، افزایش دهد.

بانک‌های اسلامی از اجاره منتهی به مالکیت برای ارائه منابع مالی به مشتریان خود برپایه عقد اجاره استفاده می‌کنند. بانک مطابق درخواست مشتری، مالکیت مال را به دست می‌آورد و سپس آن را به او اجاره می‌دهد. اجاره‌بهایی که مشتری می‌پردازد، همان قیمت مال است و بانک را قادر می‌سازد که از سرمایه‌گذاری خود، سود منصفانه‌ای ببرد. بانک در طول مدت اجاره مالک عین مستأجره خواهد بود. در پایان این مدت، مستأجر می‌تواند عین مستأجره را بخرد. او همچنین می‌تواند در طول مدت اجاره عین را بر اساس قیمت بازار بخرد. اگر مستأجر تصمیم بگیرد که عین را در مدت قرارداد اجاره بخرد، قرارداد اجاره منحل

و قرارداد بیع منعقد می‌شود. در آن صورت، همهٔ اجاره‌بهایی که پیشتر پرداخت شده است، بخشی از ثمن خواهد شد. در مواردی که مشتری مایل به ادامه دادن اجاره نیست، می‌تواند حق خود را به مشتری دیگری بفروشد تا قرارداد اجاره را ادامه دهد و به دنبال آن خودرو را بخرد.

### (م) قرارداد ساخت‌وساز و تولید (مقاوله)

مواد ۱۴۸۱ تا ۱۵۰۹ قانون مدنی به قرارداد مقاوله و استصناع می‌پردازد.<sup>۵۷</sup> موضوع این قراردادها ساخت‌وساز، توسعه، یا تولید است. مطابق مادهٔ ۱۴۸۱، «مقاوله، عقدیست که بموجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را بصورت موقت یا غیرموقت برای طرف دیگر بمقابل اجرت تعهد نماید». این امکان هست که یک طرف قرارداد، تنها به ارائهٔ خدمات بپردازد و طرف دیگر وسائل مورد نیاز برای ساخت و ساز را فراهم کند؛ یا اینکه یک طرف هم ارائهٔ خدمت و هم تهیهٔ وسائل و مواد لازم را به عهده بگیرد (مادهٔ ۱۴۸۳). در این گونه قرارداد، مسئولیت متوجه مقاوله‌کننده است و اوست که ضامن کیفیت کار است (مادهٔ ۱۴۸۴).

بانک اسلامی می‌تواند ابتدا قرارداد استصناع با مشتری ببندد و خانهٔ معینی را که در حال ساخت است یا خودرویی را که در حال تولید است، به او بفروشد. سپس بانک قراردادی موازی با سازنده یا تولیدکننده‌ای منعقد می‌کند. در هر دو قرارداد استصناع، پرداخت می‌تواند معجل یا مؤجل باشد. بانک باید دو قرارداد جداگانه استصناع منعقد کند: یکی با فروشنده و دیگری با مشتری. در این میان، هرگونه اختلافی که ایجاد شود، جداگانه تحت قرارداد مربوط به خود حل و فصل می‌شود.

### (ن) قرارداد ودیعه

مطابق مادهٔ ۱۶۰۹ قانون مدنی، ودیعه قراردادی است که در آن مالک، مالش را به دیگری

57. Ibid, Part three, section one.

می‌سپرد تا آن را نگهداری کند. ماده ۱۶۳۱ می‌گوید که اگر مال سپرده از اموال مصرف‌شدنی مانند پول است و سپرده‌گذار [مالک مال] اجازه استفاده از آن را به نگهدارنده می‌دهد، قرارداد ودیعه میان طرفین، به قرارداد وام تبدیل می‌شود.<sup>۵۸</sup> مطابق ماده ۱۶۱۴، ودیعه‌گیرنده ضامن مال یا پولی که به ودیعه گذاشته شده است، نیست، مگر آنکه تقصیر او اثبات شود. بانک‌های اسلامی از قرارداد ودیعه به طور گسترده برای دریافت پول از سپرده‌گذاران استفاده می‌کنند. بانک اسلامی، ضامن اصل پول سپرده‌گذاران است. بانک همچنین می‌تواند بر اساس صلاحدید خود چیزی را به سپرده‌گذاران هبه کند. این هدیه می‌تواند پول یا چیز دیگری باشد.

### (و) قرارداد رهن

مواد ۱۷۷۰ تا ۱۸۹۹ قانون مدنی به قرارداد رهن می‌پردازد. مطابق ماده ۱۷۷۰، «رهن حیازی عقدیست که بموجب آن رهن دهنده تعهد مینماید که تا مال خود را بتصرف رهن گیرنده یا شخص امین دیگری به مقابل حق مالی قرار دهد که ادای تمامی یا قسمتی از آن بر حق دائن درجه اول یا دائینی که نسبت به دائنین مذکور به مرتبه پائین تر قرار دارند مقدم باشند». قانون مدنی هر دو نوع رهن را به رسمیت می‌شناسد: رهنی که در آن طلبکار در عمل مال مرهونه را در تصرف خود می‌گیرد (حیازی) (ماده ۱۷۷۰) و رهنی که در آن طلبکار از طریق اسناد رسمی، حقی بر مالی غیرمنقول مانند زمین یا ساختمان به دست می‌آورد (رسمی) (ماده ۱۸۳۲). در رهن رسمی، طلبکار را متصرف حکمی عین مرهونه تلقی می‌کنند. در هر دو مورد، مالکیت عین مرهونه برای بدهکار باقی می‌ماند. کارکرد رهن، تضمین بازپرداخت بدهی به طلبکار است.

بانک‌های اسلامی از قرارداد رهن برای مدیریت ریسک عدم پرداخت قرضی استفاده می‌کنند که برای تأمین مالی در اختیار مشتری قرارداده‌اند. در قرارداد مرابحه یا بیع به‌ثمن مؤجل، مشتری موظف است به بانک ضمانت بدهد. ضمانتی که به عنوان رهن استفاده

58. See Qanuni Madani 1355 HS, Babi Tamhidi, vol.1, <[http://moj.gov.af/content/files/OfficialGazette/0301/OG\\_0353-1.pdf](http://moj.gov.af/content/files/OfficialGazette/0301/OG_0353-1.pdf)>, accessed on 31<sup>st</sup> Jan 2015.

می‌کنند، معمولاً همان مالی است که ابتدا به مشتری فروخته می‌شود. این کار بانک را قادر می‌کند تا در صورت ناتوانی بدهکار در تسویهٔ بدهی خود یا خودداری او از این کار، بدهی را از محل آن مال تسویه کند.

## ۱۱. لایحهٔ قانون بانکداری اسلامی

یک‌ونیم سال پیش، لایحه‌ای برای قانون بانکداری اسلامی جهت تأیید و تصویب به پارلمان افغانستان ارائه شد. البته این لایحه هنوز معلق، و درانتظار تصویب است. ممکن است که این لایحه برای رفع نگرانی‌های پارلمان، نیاز به بازنگری بیشتری داشته باشد. افغانستان نیاز فوری به قانون بانکداری اسلامی دارد، زیرا برخی بانک‌ها پیشتر شروع به ارائهٔ خدمات بانکی و مالی اسلامی کرده‌اند. فقدان قانونی که فعالیت‌های این بانک‌ها را تنظیم کند، نشانهٔ خوبی برای صنعت بانکداری اسلامی نیست. بودن چنین قانونی اعتماد مردم به بانکداری اسلامی را افزایش می‌دهد و آنها را قادر به جابجایی پول و هدایت آن به سمت بخشهای گوناگون اقتصادی می‌کند. در شرایطی که این کشور نیاز مبرم به احیاء اقتصاد خود - پس از چند دهه جنگ و خرابی - دارد، این امر در نهایت اثر مثبتی بر روند توسعهٔ اقتصادی و تولید اشتغال خواهد داشت.

نگارنده براین باور است که قانون خدمات مالی اسلامی مالزی - که توسط پارلمان در سال ۲۰۱۳ تصویب شد و حاصل تجربهٔ ۳۰ سالهٔ مالزی در امور بانکی، مالی، و تکفل اسلامی است - می‌تواند درس‌های ارزشمندی برای هدایت تلاش‌های افغانستان در تهیهٔ قانونی جامع‌تر برای بخش‌های بانکی، مالی، و تکفل داشته باشد.

## ۱۲. نتیجه

توسعهٔ مقررات مالی اسلامی از طریق روش‌های غیرتقنینی - مانند استانداردهای بانک مرکزی مالزی،<sup>۵۹</sup> آیین‌نامه‌های شورای مشورتی شرع، و آراء کمیته‌های شرع نهادهای مالی، یکی از ویژگی‌های توجه‌برانگیز تجربهٔ مالزی است که انواع گوناگون محصولات بانکی،

مالی، صکوک، تکفل، و محصولات مالی خُرد را در مطابقت با شرع ایجاد کرده است. نهادهای مالی اسلامی مالزی برای جذب منابع پولی سپرده‌گذاران، بیشتر از قراردادهای ودیعه و مضاربه/وکالت استفاده می‌کنند. این نهادها همچنین برای ارائه خدمات مالی به مشتریان خود از بیع، اجاره و قراردادهایی مبتنی بر انصاف استفاده می‌کنند. این قراردادها همچنین در طراحی محصولات صکوک مختلف به کار می‌آید. در بیمه اسلامی (تکفل)، عموماً از قراردادهای وکالت و مضاربه استفاده می‌شود.

به عکس، افغانستان قانون مدنی جامعی درباره انواع مختلف عقود و قراردادها دارد. اگرچه هدف آن است که این قانون مدنی، قانونی قابل اعمال بر همه معاملات مالی و تجاری میان افراد باشد. اما ممکن است اعمال این قانون بر واسطه‌های مالی، نیاز به خلاقیت و افزودن ابعاد جدیدی به این قراردادها داشته باشد. استفاده از قراردادهای بیع، اجاره و شرکت برای تأمین منابع مالی، رویه‌ای معمول در سایر کشورهای اسلامی است. افغانستان برای عملی کردن این قوانین باید از این تجربیات به‌شکلی خلاقانه بیاموزد. افغانستان باید برای استفاده از قوانین ناظر به قراردادها - به عنوان روش‌های اسلامی تأمین منابع مالی - از آخرین پیشرفت‌های به‌دست آمده در مالزی و سایر کشورهای اسلامی‌ای که نظام بانکداری اسلامی در آنها در حال شکوفایی است، استفاده کند.

در افغانستان این قانون مدنی است که قانون حاکم بر معاملات مالی و تجاری است. بانک‌هایی که به ارائه خدمات مالی اسلامی برپایه قراردادهای گوناگون می‌پردازند، ملزم به رعایت مقررات قانون مدنی هستند. با وجود این، قانون مدنی و سایر قوانین افغانستان در زمینه معاملات تجاری و مالی نیز باید از با کمک استانداردها و سیاست‌گذاری‌هایی که از سوی بانک مرکزی افغانستان و شورای مشورتی شرع این بانک تصویب می‌شود، تکمیل شوند. این استانداردها و سیاست‌گذاری‌ها راهنمای کمیته‌های شرع نهادهای مالی اسلامی خواهند بود. مقررات قانون مدنی و استانداردها و سیاست‌گذاری‌های مصوب بانک مرکزی افغانستان به ابهامات موجود نیز پایان خواهند داد و از هرج و مرج حقوقی برآمده از ارجاع هر یک از کمیته‌های شرع یا علما به تفسیر خودشان از حکم اسلام درباره هر یک از

قراردادهای مالی یا سپرده‌گذاری جلوگیری خواهد کرد.