

عقد مضاربه

از منظر

فقه، حقوق، قانون عملیات بانکی بدون ربا

مؤلف:

مهدی حسن

انتشارات شلاک

تهران - ۱۳۹۳

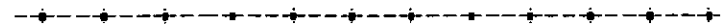
سرشناسه	: حسن‌نیا، مهدی
عنوان و نام پدیدآور	: عقد مضاربه از منظر فقه، حقوق و قانون عملیات بانکی بدون ربا/
	مؤلف مهدی حسن‌نیا.
مشخصات نشر	: تهران : شلاک، ۱۳۹۳.
مشخصات ظاهری	: ۱۱۲ص.
شابک	: 978-600-2570-50-5
وبسایت فهرست نویسی	: فیبا
موضوع	: مضاربه (فقه)
موضوع	: مضاربه
موضوع	: بانک و بانکداری (فقه)
موضوع	: بانک و بانکداری -- جنبه‌های مذهبی -- اسلام
رده بندی دیویی	: BP۱۹۱/۳/۴۷۷/۴ ۱۳۹۳
ردیف	: ۲۹۱/۳۷۲
شماره کتابشناسی	: ۲۵۱۲



انتشارات شلاک

عقد مضاربه از منظر فقه، حقوق و قانون عملیات بانکی بدون ربا

ناشر	: * انتشارات شلاک
مؤلف	: * مهدی حسن‌نیا
چاپ اول	: * ۱۳۹۳
شمارگان	: * ۲۰۰۰ جلد
قیمت	: * ۹۵۰۰ تومان
شابک	: * ۹۷۸-۶۰۰-۲۵۷-۰۵۰-۵



جمالزاده جنوبی خ دیلمان پ ۱۴ واحد ۱

تلفن ۶۶۵۹۲۳۵۷ و ۱۲۲۲۵۱۲۶۸ ۰۹

www.Shelak.ir

pubshelak@yahoo.com



فهرست مطالب

مقدمه	۹
فصل اول: کلیات	۱۳
بحث اول: سیر تاریخی عقد مضاربه	۱۳
بخش اول: تاریخچه عقد مضاربه در اسلام	۱۳
گفتار اول: صورت و مشروعیت عقد مضاربه در اسلام	۱۵
مبحث دوم: تعریف عقد مضاربه	۱۸
گفتار اول: تعریف مضاربه	۱۸
گفتار دوم: شرایط صحت عقد مضاربه	۱۹
بند اول: تعریف عقد مضاربه	۱۹
الف: مضاربه در فقه امامیه	۱۹
ب: تعریف مضاربه در فقه امامیه	۲۰
بند دوم: تعریف حقوقی مضاربه	۲۰
الف: تعریف مضاربه در قانون مدنی	۲۰
ب: تعریف مضاربه در قانون عملیات بانکی بدون ربا	۲۱
فصل دوم: تبیین ابعاد فقهی، حقوقی و اقتصادی عقد مضاربه	۲۳
مبحث اول: ویژگی‌های عقد مضاربه	۲۳
گفتار اول: قواعد عام حاکم بر عقد مضاربه	۲۳
بند اول: قصد و رضای طرفین	۲۴
بند دوم: اهلیت طرفین	۲۴
بند سوم: موضوع معین که مورد معامله باشد	۲۵
بند چهارم: مشروعیت جهت عقد مضاربه	۲۶
گفتار دوم: قواعد خاص حاکم بر عقد مضاربه	۲۷
بند اول: ماهیت مضاربه	۲۷
الف: مقتضای عقد مضاربه	۲۸

- ب: مضاربه عقدی است جایز ۳۰
- بند دوم: شروط ضمن عقد ۳۱
- الف: شرط عدم فسخ ۳۱
- ۱- شرط عدم فسخ در ضمن عقد مضاربه ۳۱
- ۲- شرط عدم فسخ ضمن عقد دیگر ۳۳
- ب: شرط لزوم مضاربه ۳۸
- ج: اثر تعیین مدت در عقد مضاربه ۳۹
- بند سوم: اقسام مضاربه ۴۱
- ب: مضاربه بانکی و مدنی ۴۱
- ۱- مضاربه مدنی ۴۱
- ۲- مضاربه بانکی ۴۱
- ب: مضاربه مطلقه و مقید ۴۳
- بند چهارم: وجوه تشابه و تفاوت مضاربه بانکی و مدنی ۴۴
- الف: وجوه تشابه ۴۴
- ۱- ماهیت مضاربه بانکی و مدنی ۴۴
- ۲- طرفین مضاربه ۴۵
- ۳- ویژگی‌های سرمایه ۴۵
- ۴- امانی بودن ید عامل ۴۵
- ب: وجوه تفاوت ۴۶
- ۱- سمت بانک ۴۶
- ۲- اولویت بخش تعاونی ۴۷
- گفتار سوم: شرط ضمان عامل در مضاربه ۴۷
- بند اول: شرط ضمان عامل در فقه امامیه ۴۷
- بند دوم: شرط ضمان عامل در قانون مدنی ۵۱
- بند سوم: شرط ضمان عامل در قانون عملیات بانکی بدون ربا ... ۵۶
- گفتار چهارم: مضاربه عامل با سرمایه و واگذاری مضاربه به دیگری ۵۶
- بند اول: واگذاری مضاربه و مضاربه با دیگری از منظر فقها ۵۸
- الف: اذن مالک به عامل در مضاربه با دیگری ۵۸

- ب: عدم اذن مالک به عامل در واگذاری مضاربه به دیگری ... ۵۹
- بند دوم: واگذاری مضاربه و مضاربه با دیگری از منظر قانون مدنی ۶۰
- مبحث دوم: ارکان عقد مضاربه ۶۱
- گفتار اول: سرمایه ۶۱
- بند اول: ویژگی‌های سرمایه ۶۱
- الف: عین بودن ۶۱
- ب: مسکوک بودن ۶۲
- ج: معلوم بودن ۶۴
- د: عین بودن ۶۴
- ه: قدرت بر تجارت ۶۵
- بند دوم: سرمایه مضاربه بانکی ۶۶
- الف: شرط رضی ۶۷
- ۱- رضایت مشتری ۶۷
- ۲- کسب حوزة اذن قانونی ۶۸
- ۳- وضعیت طرح بانکی و تجاری ۶۸
- ب: أخذ وثیقه برای تضمین بازپرداخت تسهیلات ۶۸
- گفتار دوم: عمل ۶۹
- بند اول: مفهوم عمل تجاری در فقه ۶۹
- بند دوم: مفهوم عمل تجاری در حقوق ۷۰
- بند سوم: مفهوم عمل تجاری در مقررات بانکی ۷۲
- گفتار سوم: سود ۷۳
- بند اول: تعریف سود مضاربه ۷۳
- بند دوم: تمایز سود و ربا ۷۴
- بند سوم: اختصاص سود به متعاقدين ۷۴
- بند چهارم: شرط سود به نفع شخص ثالث ۷۵
- بند پنجم: مشاع بودن سود ۷۶
- بند ششم: زمان تملک سود ۷۸
- بند هفتم: سود مضاربه بانکی ۸۲

فصل سوم: انحلال عقد مضاربه و آثار آن	۸۷.....
مبحث اول: انحلال عقد مضاربه	۸۷.....
گفتار اول: فسخ عقد مضاربه	۸۷.....
گفتار دوم: انفساخ عقد مضاربه	۹۰.....
بند اول: موت یا جنون یا سفه یکی از طرفین	۹۰.....
بند دوم: مفلس شدن مالک	۹۱.....
بند سوم: تلف شدن تمام سرمایه و ربح	۹۲.....
بند چهارم: عدم امکان تجارت مورد نظر طرفین	۹۲.....
مبحث سوم: انحلال عقد مضاربه	۹۲.....
گفتار اول: فسخ شدن عملیات اجرایی	۹۲.....
گفتار دوم: تسبیب حساب	۹۳.....
گفتار سوم: وضع خارج از تیمه تمام	۹۳.....
مبحث سوم: خسارت دیرکرد یا خیر نادی	۹۵.....
گفتار اول: ماهیت خسارت دیرکرد	۹۷.....
گفتار دوم: خسارت دیرکرد بازپرداخت شده بانکی	۹۸.....
گفتار سوم: خسارت دیرکرد و بهره اشخاص خارجی	۱۰۱.....
پیشنهادهایی جهت انجام صحیح معاملات اسلامی:	۱۰۲.....
فهرست منابع و مآخذ:	۱۰۷.....
الف - کتاب‌ها:	۱۰۷.....
ب - مقالات:	۱۱۱.....
ج - سخنرانی‌ها:
د - قوانین:

مقدمه

عقد مضاربه از عقود بانکی است که در فقه امامیه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد بحث قرار گرفته است. بنمای امامیه احکام و شرایط این عقد را به دقت مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند. حقوق دانان نیز به رویکرد فقهای عظام، عقد یادشده را در مباحث حقوقی و قانون مدنی مطرح نموده و بسیاری از قواعد و احکام مربوط به آن را از فقه امامیه اتخاذ نموده‌اند.

در فقه و حقوق، عقد مضاربه در کنار دو عقد اجاره و مساقات مورد مطالعه قرار گرفته است. عقود مذکور اگر چه در زمره عقود معوض قرار می‌گیرد اما چون در جوهر و ذات همه آن‌ها نوعی تعاون، همکاری و اتحاد وجود دارد و مشارکت، اشتراک آن‌ها می‌باشد، از سایر عقود معوض متمایز هستند. باید گفت که تفاوت بین مضاربه و مساقات این است که مضاربه مشارکت کار و سرمایه برای تجارت است در حالی که مشارکت در مزارعه فعالیت‌های کشاورزی و در مساقات، باغداری است. از طرف دیگر به از قراردادهای یادشده، به ویژه عقد مضاربه از اهمیت خاصی برخوردار است زیرا از دیدگاه اقتصادی، عقود نامبرده مبین نقش کار و سرمایه در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی می‌باشند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی به رهبری حضرت امام خمینی (رضوان الله تعالی علیه) اقداماتی در زمینه اسلامی کردن بانک‌ها در سال ۱۳۵۸ صورت گرفت که نخستین گام،

حذف بهره براساس مصوبه مورخ ۱۳۵۸/۱۰/۳ شورای پول و اعتبار بود. پس از آن در تاریخ ۱۳۶۲/۶/۸، مجلس شورای اسلامی قانون عملیات بانکی بدون ربا را مورد تصویب قرار داد که به تأیید شورای نگهبان رسید. بانک‌ها به عنوان اشخاص حقوقی یکی از دو طرف معامله در مضاربه محسوب می‌شوند. با ملی شدن بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، کلیه سهام این واحدها به مالکیت دولت در آمد و از تاریخ تصویب لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها، کلیه بانک‌ها براساس مقررات مربوط به لایحه مذکور اداره می‌گردند. لازم به ذکر است که در کنار بانک‌های دولتی، بانک‌های خصوصی راه‌اندازی شد، بعلاوه بر اساس سیاست‌های کلی اصل (۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تعدادی از بانک‌های دولتی نیز در حال واگذاری است. مؤسسه مالی - اعتباری غیر بانکی نیز راه‌اندازی شده است. اگر چه قانون عملیات بانکی بدون ربا، از منظر مشهور فقهای شیعه و قانون مدنی انطباق دارد اما در عمل این قانون دارای اشکالات دیدگاهی از لحاظ انطباق کامل عقد مضاربه در مقام اجراء با مبانی اقتصادی، حقوقی و به‌ویژه سهامی است.

بررسی عقد مضاربه که کاربرد اصلی و استثنایی در فعالیت‌های تجاری و کسب و کار دارد و همچنین تطابق آن با مبانی فقهی و حقوقی با تکیه بر دیدگاه اقتصادی به‌ویژه شرط ضمان عامل (مضارب) در مضاربه، ضرورت انجام تحقیق جامعی را در این زمینه بیش از پیش نمایان می‌سازد.

این کتاب در سه فصل به شرح زیر تنظیم گردیده است:

فصل اول که به کلیات اختصاص دارد شامل دو مبحث است. در مبحث اول سیر تاریخی عقد مضاربه مورد بررسی قرار گرفته و در مبحث دوم، تعریف عقد مضاربه بررسی شده که در مبحث اخیر ابتدا تعریف لغوی مضاربه بیان شده و سپس به تعریف اصطلاحی آن پرداخته شده است. تعریف اصطلاحی این عقد ابتدا در فقه امامیه به عنوان زیربنای سیستم حقوقی بیان شده و سپس تعریف اصطلاحی عقد مضاربه از منظر حقوق دانان، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد مطالعه قرار گرفته است.

در فصل دوم به تبیین ابعاد فقهی، حقوقی و اقتصادی عقد مضاربه پرداخته‌ایم. در این فصل ویژگی‌های عقد مضاربه بررسی و قواعد عام و قواعد خاص حاکم بر عقد مضاربه

مطالعه شده و مطالب فقهی مربوط مورد بررسی قرار گرفته است از جمله: ماهیت عقد مضاربه، شرط عدم فسخ، شرط لزوم مضاربه، اثر تعیین مدت در عقد مضاربه، اقسام مضاربه، وجوه تشابه و تفاوت مضاربه بانکی و مدنی، شرط ضمان عامل در مضاربه از منظر فقه امامیه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا، مضاربه عامل با سرمایه و واگذاری مضاربه به دیگری و در نهایت ارکان عقد مضاربه یعنی سرمایه، عمل و سود، در فقه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا.

در فصل سوم انحلال عقد مضاربه و آثار آن و نیز خسارت دیرکرد تبیین گردیده است. در نهایت با حل‌ها و پیشنهادهایی را در راستای بهبود عملکرد سیستم بانکی کشور در اجرای عقد مضاربه پیشنهاد شده است.

در هر صورت باید تصریح کرد که در این کتاب، اساس مطالب ارائه شده بر پایه فقه امامیه و حقوق مدنی است. همچنین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوط در کشور ایران می‌باشد و با عنایت به تبیین عملیات بانکی فقهی، حقوقی و اقتصادی عقد مضاربه در کشور ایران، پژوهشگران بعدی با بهره‌برداری از مباحث ارائه شده در این کتاب، بررسی تطبیقی بحث را در سیستم حقوقی و اقتصادی سایر کشورهای اسلامی دنبال نمایند.

این کتاب برگرفته از پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد جناب در دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) می‌باشد و مباحث نظری آن براساس روش تحقیق کتابخانه‌ای و مراجعه به منابع دست اول فقهی، حقوقی و اقتصادی مرتبط با موضوع مورد بررسی شده و در برخی موارد از منابع خارجی نیز بهره گرفته شده است. در هر حال سعی شده است که در کتاب حاضر، به تحلیل جامع عقد مضاربه از نظر فقهی، حقوقی و اقتصادی پردازیم و در این راستا تمام تلاش خود را بکار گرفته‌ایم اما در عین حال مدعی عدم تضییع نسیم.

بر خود لازم می‌دانم که از پدر و مادر فداکارم، همسر مهربانم و اساتیدی که با صبر و حوصله و دقت تمام مرا در نگارش این پایان‌نامه یاری نمودند و بر غنای این پایان‌نامه افزودند به‌ویژه استاد فاضل جناب حجت‌الاسلام و المسلمین دکتر مصباحی‌مقدم تقدیر و تشکر نمایم. همچنین از تمام دوستانی که در طی تدوین این کتاب همواره بر حقیر منت گذاشته و ما را مورد لطف خود قرار می‌دادند به‌ویژه دوست و برادر گرانقدرم جناب آقای

سید محمدهادی قبولی درآفشان کمال تشکر و قدردانی دارم.
توفیق هر چه بیشتر همه اساتید متعهد و متخصص را در جهت نشر و تقویت فرهنگ علمی و اسلامی کشور و خدمت هر چه بیشتر به نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران، از خداوند منان خواستارم.

"الهی أنا الجاهل فی علمی فکیف لا أكون جهولاً فی جهلی"
"و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین"

مهدی حسن نیا

www.ketab.ir