

چکیده

اسلام بر اقتصاد، معاملات و روابط اقتصادی سالم و غیر ربوی تأکید بسیاری دارد. در نظام اقتصادی اسلامی ربا و بهره تحریم شده و عقود همچون مضاربه، با شرایط و قیودی جهت تأمین نیازهای مردم پذیرفته شده است. بر اساس عقد مضاربه مالک سرمایه‌ای را برای انجام تجارت در اختیار عامل قرار می‌دهد و سود حاصل از آن را بر حسب توافق تقسیم می‌کنند و چنانچه ضرر و خسارتی بدون تعدی یا تفریط عامل ایجاد شود مالک سرمایه باید آن را جبران نماید. با ایجاد بانکهای اسلامی عقود جایز شرعی جایگزین ربا و بهره شد. یکی از این عقود، عقد مضاربه می‌باشد. نظام‌های بانکداری اسلامی عقد مضاربه را در بخش‌های تجهیز و تخصیص منابع و روشی جهت اعمال سیاست‌های پولی به کار می‌گیرند. با توجه به اینکه عقد مضاربه در زمره عقود مشارکتی است و طرفین به صورت مشاع در سود و زیان سهم هستند، در رویه و احکام بانکها با اخذ نرخ سود ثابت و از پیش تعیین شده از مشارکت خارج شده و ضرر و زیان تجارت را برعهده‌ی عامل می‌گذارند. بنابراین از مفهوم و ماهیت اصلی عقد مضاربه دور مانده و در برخی موارد شبهه‌ی ربا را ایجاد کرده‌اند.

کلید واژه: مضاربه، بانکداری اسلامی، سرمایه، عامل، مالک

مقدمه

مضاربه به عنوان نمونه‌ای از مشارکت در استفاده از منابع مالی، عبارت از عقدی است که در آن مالک با تامین سرمایه مسئولیت انجام کار، بهره‌وری از تخصص و مدیریت را به عهده‌ی عامل می‌گذارد. عقد مضاربه توافق طرفین در استفاده‌ی بهینه از قابلیت‌های مالی مالک و توانایی اقتصادی عامل است.

بررسی منابع تاریخی نشان می‌دهد، مضاربه روشی عقلایی و مورد نیاز بشر در تمامی جوامع دینی و غیر دینی بوده که با ماهیتی واحد و اشکالی متفاوت رواج داشته است. به طوری که در عربستان از همان زمان با این نام مشهور بوده است. به عنوان مثال می‌توان به فعالیت‌های تجاری خدیجه بنت خویلد در واگذاری سرمایه به پیامبر (صلوات الله علیه) و نیز فعالیت‌های تجاری عباس بن عبدالمطلب، عموی پیامبر، در به جریان انداختن سرمایه‌اش در قالب مضاربه اشاره کرد.

بعد از ظهور اسلام، مضاربه از جمله عقود امضایی شارع بود که تحت قواعد کلی معاملات اسلامی مورد استفاده قرار می‌گرفت. بنابراین گزارشات منابع تاریخی اسلامی، تجارت مضاربه‌ای همواره مورد توجه ائمه (علیهم السلام) و پیشوایان دینی بوده است از این رو در فقه اسلامی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار می‌باشد به طوری که در همه‌ی کتاب‌های فقهی از آغاز تاکنون مضاربه و قراض مورد بحث قرار گرفته است.

در سده‌های اخیر، به واسطه‌ی پیشرفت علم و فن‌آوری و پیچیده شدن نظام اجتماعی و اقتصادی، بانک‌ها به تدریج به وجود آمدند. در کشورهای اسلامی نیز به دلیل سلطه‌ی کشورهای استعمارگر سیستم بانکداری ربوی ایجاد شد. تاسیس این بانک‌ها با اندیشه‌ها و اصول اسلامی از جمله حرمت ربا مغایر بود. بنابراین اندیشمندان

مسلمان تلاش خود را برای ایجاد نظام جدیدی بر اساس اصول اسلامی به کار گرفتند. فتوای رشید رضا نخستین تلاش در این زمینه می باشد. از میان فقهای شیعه نیز شهید آیتالله سید محمد باقر صدر نخستین کسی بود که به مسائل اقتصادی از جمله مباحث بانک و بانکداری پرداخت. ایجاد موسساتی به نام "بانکهای پسانداز" در مصر در سال 1963 حاصل این تلاشها بود. به این ترتیب تخصیص منابع در بانکهای اسلامی، تلاشی در جهت اعطای تسهیلات، بر اساس معاملات و عقود اسلامی می باشد، همان چیزی که جایگزین وام و اعتبار در نظام بانکداری ربوی در نظر گرفته شد. در میان عقود کاربردی بانکها، مضاربه نقش موثر و برجسته ای در فعالیت های اقتصادی اسلامی ایفا می کند.

در ایران نیز پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به تبع آن حذف سیستم بانکداری ربوی، مضاربه به دو روش زیر انجام می شود: 1- با تغییر قانون بانکداری ایران و حذف اعطای وام و اعتبار، عقد مضاربه به عنوان روشی برای تخصیص منابع جایگزین شد. 2- رواج آن بین مسلمانان به عنوان یک سنت مستمر اجتماعی و اقتصادی. عقد مضاربه از جمله عقود مشارکتی است که در بانکداری اسلامی میتواند دارای فوائد و کارایی بالایی باشد و تحلیل مبانی فقهی و حقوقی و رفع ابهامات آن در نحوه اجرای آن اهمیت خاصی برخوردار است. بنابراین علاقه به بررسی جنبه های فقهی و حقوقی مضاربه مهمترین دلیل انتخاب این موضوع با عنوان طرح تحقیق پایان نامه بوده است.

معرفی و اهمیت موضوع

یکی از روشهای تجهیز منابع و اعطای تسهیلات در نظام بانکداری اسلامی، قرارداد مضاربه است که در فعالیتهای اقتصادی مبتنی بر مشارکت در سود و زیان، از مهمترین قراردادها می باشد. بانکهای اسلامی از ابتدای تاسیس به ویژه بعد از تحول و تغییر آن به مضاربه ای مرکب و گروهی برای تامین منابع مالی سرمایه گذاریها از این روش استفاده کرده اند. شرایط رقابت

بانک‌های اسلامی با بانک‌های ربوی و پیچیدگی نظام بانکداری کنونی اقتضا می‌نماید عقود شرعی از جمله مضاربه که در بانکداری اسلامی کاربرد دارد؛ مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد، از این رو با شناخت مضاربه می‌توان آن را بر اساس موازین شرعی در نظام بانکداری اسلامی توسعه داد و باعث رشد و ایجاد حرکت‌های اقتصادی موثر خواهد شد. اما پژوهش‌هایی که در این زمینه صورت گرفته است، فاقد تحلیل کافی می‌باشد. بنابراین در این تحقیق با تبیین نظرات فقهای شیعه درباره مضاربه، چگونگی احیاء و انعطاف آن، برای به کارگیری منابع در جهت توسعه‌ی کاربرد مضاربه در بانکداری اسلامی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

اهداف تحقیق

هدف از این پژوهش، معرفی قرارداد مضاربه و ارکان آن بر اساس نظر فقها و حقوقدانان و تحلیل زوایای مختلف آن از منظر فقه و حقوق می‌باشد. بنابراین این پایان‌نامه پژوهشی در راستای تلفیق فقه و نظام بانکداری اسلامی و پیدا کردن گره‌های کور احتمالی و ارائه راه حل مناسب علمی و مستند به آن می‌باشد. امید که گامی کوچک در نشر فرهنگ غنی اسلام و فقه مترقی جعفری باشد. ان شاء الله

سؤالات پژوهش

با توجه به موضوع پایان‌نامه که عبارت از «بررسی فقهی- حقوقی مضاربه در نظام بانکداری اسلامی» است، سؤال اصلی زیر قابل طرح می‌باشد:

- عقود شناخته شده‌ی فقهی از جمله مضاربه تا چه حد قابلیت انعطاف در ضمن قوانین بانکداری را دارد؟

فرضیات پژوهش

به نظر می‌رسد برای موضوع تحقیق این پایان‌نامه می‌توان قائل به دو فرض عمده شد:

- 1- مضاربه یکی از عقود معینی است که در صورت تعدیل و رعایت شرایط اقتصادی روز می تواند به عنوان مبنای قرارداد بانکی برای اعطای تسهیلات به افراد مستعدی که علی رغم توان بازرگانی، سرمایه‌ی کافی ندارند، به کار گرفته شود.
- 2- با توجه به گسترش روزمره نیاز به سرمایه‌گذاری، می‌توان از طریق عقد مضاربه در قالب بانکداری اسلامی در رونق اقتصاد، رشد تجاری و اشتغال‌زایی ایفای نقش کرد.

فصل

اول:

مفاهیم

و کلیات

1-1- پیشینه‌ی تحقیق

1-1- الف-پیشینه‌ی تاریخی عقد مضاربه

پیش از اسلام با توجه به نامناسب بودن شرایط جوی مگه جهت انجام امور کشاورزی تجارت، شرکت و مضاربه در میان مردم رایج بود. آنها به سبب حرم‌داری و مهمان-نوازی خانه‌ی کعبه، زندگی خود را با تجارت در سرزمین-

هایی مانند ایران و روم شرقی و شامات و یمن می-
گذراندند و با زائران حرم نیز به دادوستد می-
پرداختند.¹

تجار مکه از طریق عقد مضاربه یا قرض ربوی سرمایه‌ی
مضاربه را برای انجام فعالیت تجاری تأمین می‌کردند.
مضاربه در میان آنان به این صورت بود که شخصی مال
خود را به دیگری می‌داد تا با آن فعالیت تجاری انجام
دهد و سود آن را بین خود تقسیم کنند و خسارت احتمالی
هم متوجه صاحب مال بوده است. در آن دوران هم به صاحب
مال «مضارب» و به کسی که سرمایه را می‌گرفت و به
تجارت می‌پرداخت، «عامل» گفته می‌شد و این توافق و
قرارداد را «مضاربه» یا «قراض» می‌نامیدند.²

مضاربه‌ی خدیجه (سلام الله علیها) با پیامبر اکرم
(صلوات الله علیه) نمونه‌ای از قرارداد مضاربه پیش از
اسلام می‌باشد. خدیجه (سلام الله علیها) تاجر بود و پول
خود را برای انجام فعالیت تجاری به تاجران می‌پرداخت.
ایشان با توجه به اینکه شهرت پیامبر (صلوات الله علیه)
را در امانتداری شنیده بودند، به او پیشنهاد کرد که
با سرمایه‌اش به تجارت بپردازد و مسیر تجارت خود را
شامات قرار دهد و یکی از غلامان خود را به نام
«میسره» همراه پیامبر فرستاد. پیامبر (صلوات الله علیه)
پیشنهاد او را پذیرفت و سفر شام را شروع کرد. مدیریت
و امانتداری ایشان سبب انجام تجارتي سودمند شد و
ایشان توانستند کالاهایی را که در شام خریده بودند،
به مکه بیاورد و با قیمت مناسب به فروش برساند،
بنابراین سود کلانی برای خود و خدیجه (سلام الله علیها)
به دست آورد.³

1-1-ب-تاریخچه بانکداری

کلمه‌ی بانک مشتق از «Banko» به معنای نوعی شرکت و
یا مشتق از لغت ایتالیایی «Bank» به معنای نیمکت
صرافان می‌باشد.

بانک و بانکداری بین انسان‌ها در گذشته به صورت
ابتدایی رواج داشته است. نخستین بانکداران جدید،

¹ - ابراهیمی، محمد حسین، مضاربه در اسلام، ص 21.

² - علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب، ج 7، ص 434.

³ - ابن هشام، السیره النبویه، ج 1، ص 199.

زرگرها بودند، از آنجاکه زرگرها با فلزات گرانبها کار می‌کردند، وسایل و امکانات محافظت از این فلزات را هم در اختیار داشتند این امر سبب می‌شد که افراد دارای پول‌های طلا و نقره زرگرها را به عنوان امانتدار و محافظ پول‌های خود در نظر بگیرند. با رایج شدن این امر آن‌ها سعی در تحمیل شروطی بر سپرده‌گذاران نمودند. بنابراین هنگام ذخیره‌ی پول مردم ملزم به پرداخت همان سکه‌های امانت داده شده نبودند، در نتیجه می‌توانستند آن‌ها را به صورت موقت به به دیگری قرض داده و بهره دریافت می‌نمودند.

با گذشت زمان سپرده‌گذاران به جای دریافت سکه‌های خود و انتقال آن‌ها رسید سکه‌های سپرده‌گذاری شده را پرداخت می‌کردند، بنابراین ارزش رسیده‌های صادر شده توسط زرگرها بیشتر از فلزات گرانبها بود. به این ترتیب نظریه‌ی ذخایر جزئی بانکی مطرح شد و زرگرها از یک امانتدار فلزات گرانبها به بانکدار تبدیل شدند.¹

بانکداری در دوره‌ی قدیم به شیوه‌ی ابتدائی در سرزمین‌های بابل، یونان، ایران، رم و چین رایج بود. عملیات بانکی رومی از جهت افتتاح حساب جاری و مدت‌دار به سود افراد، پرداخت بهره به سپرده‌های مدت‌دار، صدور اعتبارنامه تجارتي و غیره با عملیات بانکداری کنونی شباهت داشت.

در قرون وسطی عرف بانکداری با انجام برخی از عملیات بانکی توسط اقوام مختلف به ویژه یهودی‌ها حیات تازه‌ای یافت، اما با توجه به مخالفت مقامات کلیسا علیه دریافت بهره از افراد و منع مشروط قوم یهود [یهودیان دریافت بهره را از سایر اقوام جایز می‌دانند.] این فعالیت در برخی از شهرها در اختیار این قوم قرار گرفت.

از قرن پانزدهم به بعد با پیشرفت تجارت و دادوستد در سواحل دریای مدیترانه و کشف قاره‌ی آمریکا و راه‌های دریایی جدید سبب توسعه‌ی خدمات بانکی و افزایش حرفه‌ی بانکداری شد. در این زمان نشر اسکناس تبدیل-

¹- فرجی، یوسف، پول، ارز و بانکداری، صص 67 و 66.

پذیر به طلا و نقره موجب رونق بانکداری شد و بانکها محلی برای قبول سپرده‌های نقدی مردم و دولت گردید. پرداخت وام و اعطای اعتبار توسعه پیدا کرد و چک (پول بانکی) جزء پول‌های در گردش شد.¹

1-1-ب-1-پیشینه تاریخی بانکداری بدون ربا

با ایجاد سیستم بانکداری در کشورهای جهان در سرزمین‌های اسلامی که تحت سلطه‌ی مستقیم و غیرمستقیم کشورهای استعمارگر بودند نظام بانکی به صورت ربوی به وجود آمد. از آنجا که این بانکها مبتنی بر ربا و گرفتن بهره و با اندیشه‌ها و اصول دین اسلام مغایر بودند، بسیاری از مسلمانان از انجام فعالیت‌های بانکی خودداری می‌کردند.

بنابراین عده‌ای از متفکران مسلمان در اندیشه‌ی ترسیم نظام بانکی جدید که مبتنی بر ربا نباشد، بودند. اولین فقیه شیعی که درباره‌ی مسائل اقتصادی مسأله‌ی بانک و بانکداری به طور خاص و مفصل به تحقیق پرداخت، شهید صدر بود.

حاصل مطالعات و تحقیقات اندشمندان مسلمان درباره‌ی بانکداری بدون ربا، ایجاد نخستین مؤسسه قرض‌الحسنه در مصر به عنوان بانک اجتماعی ناصر در سال 1963 بود. و پس از آن مؤسسه‌های قرض‌الحسنه در پاکستان ایجاد شد. در سال 1974 بانک اسلامی عربستان و در سال 1975 بانک اسلامی دوبی و پس از آن در سال 1977 بانک اسلامی فیصل در سودان و مصر و بانک ملی کویت و در سال 1978 بانک اسلامی مالی و سرمایه‌گذاری در اردن تشکیل شد. و در سال‌های بعد بانک‌هایی در بحرین، مالزی، مراکش، قطر، بنگلادش، موریتانی و لوکزامبورگ تأسیس شدند.¹

در ایران قبل از انقلاب اسلامی بانکداری مبتنی بر نظام بهره بود و تعدادی صندوق قرض‌الحسنه به تدریج تأسیس شد. اما بعد از انقلاب اسلامی به طورکلی گرفتن ربا در بانک‌های دولتی ممنوع شد. در کشورهای ایران و پاکستان سیستم بانکداری بر اساس بانکداری بدون ربا

¹ - بهمند، محمد، بهمنی، محمود، بانکداری داخلی، ج1، صص15 و14.

است در حالی که در کشورهای دیگر بانکداری بدون ربا به صورت موازی و در کنار بانکهای ربوی به فعالیت می-پردازند.

1-1-ج-پیشینه علمی و ادبیات موضوعی تحقیق

پژوهش‌هایی که درباره‌ی مضاربه موجود است را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

بند اول. کتابها: به طور کلی فقهاء و مجتهدین در کتابهای فقهی خود فصلی را به مضاربه اختصاص داده‌اند. در باب سوم قانون مدنی ایران هم طی فصلی مضاربه و احکام آن ذکر شده است که برگرفته از فقه امامیه می-باشد. علاوه بر آن در قانون عملیات بانکی جمهوری اسلامی، دستورالعمل اجرایی مضاربه آمده است.

در میان محققین معاصر تالیفاتی در این رابطه موجود است؛ از جمله می‌توان به کتاب «مضاربه در اسلام» نوشته‌ی محمد حسین ابراهیمی اشاره کرد، مباحث همین کتاب به عنوان بخشی از جلد دوم کتاب «نظام اقتصاد اسلام» - در مورد شرکت و مضاربه می‌باشد- آمده است. در این اثر هر چند نویسنده به بررسی فقهی و حقوقی مضاربه پرداخته، اما تحلیل کافی به عمل نیامده است. تحقیق دیگر در این راستا، کتاب «سیاستهای پولی در بانکداری بدون ربا» نوشته‌ی سعید فراهانی‌فرد است، نویسنده در این کتاب مضاربه را به عنوان یکی از ابزارهای مشروع برای سیاستگذاری پولی در چارچوب نظام بانکی غیر ربوی معرفی می‌کند.

بند دوم. مقالات: مقاله‌ی «تأملی فقهی و حقوقی در مضاربه‌ی بانکی» نوشته‌ی دکتر علی‌اکبر ایزدی فرد از جمله مقاله‌های نوشته شده در این زمینه می باشد. این مقاله تنها پیرامون برخی از ضوابط اجرایی مضاربه در ارتباط با کالا، سرمایه، سود، شخصیت عامل، مدت و تسویه حساب و موضوع هدایت و نظارت و کنترل بر اعطای تسهیلات می‌باشد که از منظر فقهی و حقوقی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

و مقاله‌ی دیگر نوشته‌ی محمد عیسی تفرشی و جلیل قنواتی خلف آبادی با عنوان «ارکان عقد مضاربه در

¹- صد سؤال و صد جواب درباره‌ی بانکداری اسلامی، صص 14-18.

حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران» می‌باشد. در این مقاله ارکان عقد مضاربه یعنی سرمایه، کار عامل و سود در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق مدنی ایران بررسی شده است.

سید عباس موسویان هم در مقاله «ارزیابی قراردادهای شیوه‌های ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا» به بررسی قراردادهای مشارکتی و بیان ویژگی‌ها و مشکلات اجرایی آن در بانک‌های تجاری پرداخته است. اما تا کنون در عرصه‌ی مطالعات مربوط به مضاربه‌ی بانکی پژوهشی جامع صورت نگرفته است.

1-2-1- معانی لغوی و اصطلاحی مضاربه

1-2-1-1- مضاربه در لغت

لفظ «مضاربه» به زبان مردم عراق نسبت داده شده که از ریشه‌ی «ضرب فی الأرض» گرفته شده است. و به معنای «راه رفتن و سفر کردن»¹ می‌باشد. در مقام تعلیل تعبیر این لفظ به عقد مضاربه، دو وجه ذکر شده است:

1- مضاربه مشتق از «ضرب فی الأرض» می‌باشد، زیرا سفر عامل برای تجارت و به دست آوردن سود به خواست صاحب مال است. ضرب به سبب مالک و عامل می‌باشد، با توجه به اینکه مضاربه باب «مفاعله» است و این باب به مواردی که دو فاعل وجود داشته باشد، اختصاص دارد. از آنجا که مالک با دادن سرمایه به عامل سببی برای «ضرب فی الأرض» و تجارت است و چون عامل به سفر برای تجارت اقدام می‌کند، به او مضارب گفته می‌شود. بنابراین مضاربه دارای دو فاعل است. بعضی از فقهای امامیه همچون صاحب العروه الوثقی این توجیه را پذیرفته‌اند.²

2- هر یک از عامل و مالک سهمی از مال یا عمل متعلق به دیگری را ضرب می‌کند، بر اساس این وجه به عامل «مضارب» گفته می‌شود زیرا او برای تجارت به سفر می‌

¹ - راغب اصفهانی (ابوالقاسم حسین بن محمد بن فضل)، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن، ترجمه سید غلامرضا خسروی حسینی، ص 505.

² - طباطبائی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی، ج 2، ص 637.

پردازد. بعضی از فقهاء هم این توجیه را بهتر می-دانند.¹

مردم حجاز به این عقد «قراض» می‌گویند. جهت تبیین علت تعبیر این عقد به «قراض» نیز دو توجیه ذکر شده است. از جمله:

1- قراض از «قرض» به معنای «قطع» و «جدا کردن» است زیرا مالک سهمی از مالش را جدا می‌کند و به عامل می‌دهد تا در برابر سهمی از سود با آن به تجارت بپردازد. بنابراین به مالک «مقارض» و به عامل «مقارض» گفته می‌شود.

2- قراض از «مقارضة» به معنای «موازنه» و «برابری» است. زیرا در عقد مضاربه بین سرمایه‌ی مالک و کار عامل در مالیت و استحقاق سود موازنه و برابری است هر چند در کمیّت متفاوتند.²

1-2-2- مزاربه در اصطلاح

در اصطلاح فقهاء «مزاربه» و «قراض» دو لفظ مترادفند و به عقدی اطلاق می‌شود که بین دو نفر منعقد می‌شود که بر اساس آن یکی از طرفین (مالک) سرمایه را تأمین می‌کند و دیگری (عامل) با آن به تجارت می-پردازد.

در نحوه‌ی بیان تعریف مضاربه توسط فقهاء اختلافاتی وجود دارد، زیرا این تعاریف بر اساس ارکان، ویژگی‌ها و شرایط این عقد مطرح شده‌اند. شیخ طوسی مضاربه را این گونه تعریف می‌کند: مضاربه آن است که انسان مالی را به دیگری می‌پردازد تا با آن تجارت کند بنابر آنچه که خداوند از سود روزی آن‌ها قرار داده است برحسب توافق تقسیم شود.³

شهید اول در تعریف مضاربه آورده است: «مضاربه عقدی است که بین دو فرد واقع می‌شود بنابر اینکه سرمایه در تجارت از یکی از آن دو و کار از دیگری باشد و اگر سودی حاصل شد بین آن دو تقسیم می‌شود.»⁴

¹ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج 26، ص 336.

² - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج 26، ص 336.

³ - شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج 3، ص 167.

⁴ - شهید اول، لمعة الدمشقیة، ص 145.

1-2-3- تعریف مضاربه در قانون مدنی

قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه در ماده ی 546 مضاربه را عقدی معرفی می‌کند که «به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند.»
با توجه به این تعریف مضاربه شرکتی است مبتنی بر همکاری دو طرف عقد که در آن یکی از طرفین عهده‌دار تأمین سرمایه می‌شود و طرف دیگر با استفاده از تجارب و توانایی‌ها و استعداد خود این سرمایه را به کار می‌گیرد تا سودی به دست آورند. «این نوع شرکت فاقد شخصیت حقوقی است زیرا همه‌ی دادوستدها به نام عامل و به وسیله‌ی او انجام می‌شود ولی نتیجه‌ی معامله به صاحب سرمایه می‌رسد، زیرا اوست که زیان‌های ناشی از معامله را متحمل می‌شود و تعهدات مالی و پیمان‌های عامل را از دارایی خود اجرا می‌کند.»¹

1-2-4- تعریف مضاربه در قانون عملیات بانکی بدون

ربا

در ماده ی (1) دستورالعمل اجرایی مضاربه و ماده ی (36) آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا عقد مضاربه این گونه تعریف شده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه‌ی نقدی می‌گردد؛ با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله هر دو شریک باشند». این ماده مضاربه را قرارداد معرفی می‌کند و از این نظر با تعریف مضاربه در قانون مدنی متفاوت است.

برای پی بردن به تفاوت تعریف ارائه شده از مضاربه در قانون عملیات بانکی بدون ربا و تعریف آن در قانون مدنی بررسی معانی عقد و قرارداد و آثار آن دو ضروری است.

واژه‌ی «قرارداد» از لحاظ ریشه شناسی اسم مشتق (صفت مفعولی) است که از لفظ «قرار» در زبان عربی به

¹ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها-صلح)، ج2، ص105.

معنای ثبات و قرار ورزیدن، استواری و پایداری و همچنین عهد، شرط، قول و تأکید اشتقاق یافته است. مادهی «قرار» در زبان عربی نیز متداول است، اما لفظ «قرارداد» یک واژه‌ی فارسی محسوب می‌شود و فقط در ادبیات فارسی به کار رفته است.¹ و در اصطلاح عبارت است از: «توافق اراده‌ی دو طرف که در نتیجه‌ی آن رابطه‌ی حقوقی جدید به وجود می‌آید یا رابطه‌ی حقوقی موجود را تغییر می‌دهد و یا به خاتمه‌ی آن رابطه می‌انجامد».² «عقد» هم واژه‌ای عربی است که در لغت به معنای «گره زدن و بستن در مقابل گشودن یا ربط و وصل در مقابل حل»³ است.

در منابع فقهی نیز تعابیر متفاوتی در مورد عقد به کار رفته است از جمله: «مجموع ایجاب و قبول»⁴ در برخی از کتاب‌های فقهی، تعریفی از عقد آورده نشده است بلکه در هر عقد خاص بر حسب مورد، تعریفی از آن عقد ارائه و ماهیت آن تبیین شده است.⁵

قانون مدنی هم در ماده‌ی 183 عقد را این گونه تعریف کرده است: عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نماید و مورد قبول آنها باشد.

با توجه به این که عقد و قرارداد در مفهوم لغوی مترادفند، بعضی از حقوق دانان معتقدند که این دو واژه بر همه‌ی عقود (با نام و بی نام) اطلاق می‌گردند.⁶ در قانون مدنی هم کلمه‌ی عقد و عقود به کار رفته و هم کلمه‌ی قرارداد و قراردادهای بین این دو کلمه تفاوت قائل شده است. درباره‌ی تفاوت این دو اصطلاح حقوق دانان مواردی را بیان کرده‌اند. از جمله اینکه «واژه‌ی عقد در بسیاری از موارد به جای عقود با نام و

¹ - لغت نامه دهخدا.

² - هدایتی، علی اصغر، عملیات بانکی داخلی-2، ص 64.

³ - ابن منظور، لسان العرب، ذیل عقد.

⁴ - شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج 3، ص 164.

⁵ - محقق داماد، سید مصطفی، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ج 1، ص 90.

⁶ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج 1، ص؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ش 4226.

معین استعمال می شود و قرارداد به همه‌ی عقود (با نام و بی نام) اطلاق می‌شود.¹ در باب سوم قانون مدنی عقود معین مانند بیع، بیع شرط معاوضه، اجاره، مزارعه و مساقات، مضاربه، جعاله، شرکت، ودیعه، عاریه، قرض، وکالت، ضمان عقدی، حواله، کفالت، صلح، رهن، هبه با عنوان عقود معرفی شده‌اند و مواردی را که در قانون عنوان خاصی ندارند، قرارداد می‌نامند.²

در توجیه این تعریف از عقد و قرارداد آمده است: «این تعبیر، معقول و قابل به نظر می‌آید زیرا تمام انواع معاملات که در جامعه ما صورت می‌گیرد، در هیچ زمانی محدود به همان عقود معینه در قانون مدنی نبوده است بلکه انواع دیگر معاملات را که در قانون مدنی نامی از آنها ذکر نشده است دربرمی‌گیرد.»³

قرارداد مضاربه در بانک‌های اسلامی به صورت قرارداد الحاقی یا انضمامی است به این صورت که بانک به عنوان یکی از طرفین تمام شرایط و آثار عقد را معین می‌کند و چنانچه مشتری مایل به بستن این پیمان باشد باید تمام شرایط آن را بپذیرد یا از آن منصرف شود. و بر اساس ماده‌ی 6 آیین‌نامه‌ی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا «بانک‌ها مکلفاند در قراردادهای تنظیمی خود در ارتباط با عملیات مضاربه و معامله‌های اقساطی، قید کنند که قراردادهای یاد شده بر اساس توافق و مقررات موضوعه می‌باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند، کماکان طبق تشریفات مربوط انجام خواهد شد.»

1-3- بررسی ادله‌ی فقهی جواز مضاربه

فقهاء جهت اثبات مشروعیت عقد مضاربه به آیاتی از قرآن کریم و همچنین به روایاتی از ائمه (علیه السلام)

¹ - امامی، حسن، حقوق مدنی، ج 1، ص 159.

² - امامی، مصطفی، «ماده ی 10 قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی»، مجله کانون وکلا، ش 175، صص 155 و 154.

³ - امامی، مصطفی، «ماده‌ی 10 قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی»، مجله کانون وکلا، ش 175، صص 155 و 154.

استناد و استدلال کرده‌اند. در ذیل آیات و روایات مورد استناد فقهاء بررسی می‌شود.

1-3-1- مضاربه در آیات

فقهای امامیه برای اثبات جواز عقد مضاربه به آیاتی استناد می‌کنند که عبارتند از:

الف- آیه 10 از سوره ی جمعه «... فانثروا فی الأرض و ابتغوا من فضل الله...»¹

برای اثبات مشروعیت عقد مضاربه به این آیه استناد شده است با این بیان که می‌فرماید: بعد از بجا آوردن نماز جمعه پراکنده شوید و از فضل خداوند از جمله کسب و تجارت بهره‌مند گردید. آیه در مقام جواز کسب و کار پس از نماز جمعه است و در مقام نحوه معاملات نیست تا بدین وسیله به اطلاق آن برای جواز مضاربه استناد شود.²

ب- آیه 101 از سوره ی نساء «و إذا ضَرَبْتُمْ فی الأرض فَلَيْسَ عَلَیْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْضُوا مِنَ الصَّلَاةِ ۖ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتَنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا...»³

این آیه بیان می‌کند که هرگاه به سفر رفتید مانعی و گناهی بر شما نیست که از نماز کم کنید یعنی در سفر نماز را شکسته بخوانید. بنابراین استفاده از معنای این آیه برای مشروعیت مضاربه صحیح نمی‌باشد.

ج- آیه 20 از سوره ی مُزَّمَل «... وَ آخِرُونَ يَضْرِبُونَ فی الأرضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...»⁴

آیه حاکی از به دست آوردن فضل الهی و کسب رزق و روزی از طریق سفر می‌باشد که از آن جمله مضاربه است. بعضی از فقهاء در باره استدلال به این آیه جهت اثبات

¹ - پس وقتی نماز جمعه گزارده شد، رواست که در زمین پراکنده شوید و از فضل خدا بجویید و خدا را بسیار یاد کنید، باشد که سعادت‌مند شوید. جمعه (62) / آیه 10.

² - مدیر شانه‌چی، کاظم، آیات الأحکام، ص 190.

³ - و هنگامی که سفر کردید، اگر بیم آن دارید که کافران بر شما بتازند و شما را بیازارند، بر شما گناهی نیست که از رکعات نماز بکاهید... نساء (4) / آیه 101.

⁴ - و عده ای دیگر برای به دست آوردن روزی و برخوردارگی از فضل خدا سفر می‌کنند... مُزَّمَل (73) / آیه 20....

جواز مضاربه می‌گویند: این آیه بر رجحان کسب و روزی دلالت می‌کند و میان این که کسب و کار با مال و سرمایه-ی فرد باشد یا سرمایه‌ی دیگری تفاوتی وجود ندارد.

در استدلال به این آیه تردید وجود دارد با توجه به این که سفر و تصرف در ارض اعم از کسب است و دلالتی بر خاص (مضاربه) ندارد. همچنین مضاربه ممکن است تجارت در سفر باشد یا نیازی به سفر نداشته باشد، بنابراین استدلال به این آیه موضوع را تخصیص می‌زند.¹

آیه‌ی 1 از سوره‌ی مائده «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...»²

لفظ «العقود» جمع محلی است بر هر چیزی که عنوان عقد بر آن صادق باشد حمل می‌شود. و ظاهر «أوفوا بالعقود» دلالت بر وفای به عقود دارد که شامل همه‌ی مصادیق آن می‌شود. بنابراین آیه هر چیزی را که در عرف عقد و پیمان محسوب شده و متناسب با وفا باشد را شامل می‌شود. و خداوند کسانی را که عهد و پیمان خود را نقض می‌کنند به شدیدترین بیان مذمت فرموده است.³

آیه‌ی 29 از سوره‌ی نساء «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...»⁴

این آیه بر نهي از خوردن مال به باطل اشاره دارد. و منظور از خوردن معنای عرفی آن یعنی تسلط و تصرف می‌باشد. بنابراین معاملات غری همچون ربا، قمار و معاملاتی که یکی از طرفین یا هر دو نسبت به کالا و مقدار و مشخصات آن آگاه نباشند، باطل است. اما شارع تجارت ناشی از تراضی و رضایت طرفین را از این عام مستثنی کرده است. و تصرف به سبب تجارت با رضایت

¹ - فاضل مقداد، کنز العرفان في فقه القرآن، ج2، ص75؛ فاضل، جواد کاظمی، مسالك الأفهام الى آيات الأحكام، ج3، ص94.

² - ای کسانی که ایمان آورده اید، به تمام پیمان ها و قراردادهای خود وفا کنید... مائده (5) / آیه 1.

³ - موسوی همدانی، سید محمد باقر، ترجمه المیزان، ج5، ص258.

⁴ - ای کسانی که ایمان آورده اید در اموالی که میان شما دست به دست می‌گردد، به ناروا تصرف نکنید و با سبب های نادرست آنها را از دست مردم خارج نکنید و صاحب نشوید مگر اینکه دادوستدی برخاسته از توافق شما باشد... نساء (4) / آیه 29.

متعاملین از این نهی مستثنی می‌شود و این نوع استثناء منقطع است زیرا تصرف به واسطه‌ی تجارت اکل مال به باطل محسوب نمی‌شود. منظور از تجارت تصرف در سرمایه به منظور به دست آوردن سود است. بنابراین آیه معاملات صحیح و اموالی که از طریق تجارت به دست می‌آید و تصرفی که مبتنی بر یکی از عقود معتبر شرعی باشد، را جایز می‌داند.

1-3-2- مضاربه در روایات

در وسائل الشیعة طی 14 باب روایات متعددی از ائمه (علیه السلام) درباره‌ی شرایط صحت و احکام مضاربه ذکر شده است که این امر نشان‌دهنده‌ی امضای این عقد در اسلام می‌باشد. در این مورد به دو نمونه از این روایات اشاره می‌شود:

1- از امام موسی کاظم (علیه السلام) روایت شده است که حضرت امیر المومنین (علیه السلام) فرمودند: کسی که با مالی تجارت کند و شرط نماید نصف سود را ببرد، [در صورت ضرر و خسارت سرمایه] ضامن نیست.¹

2- از ابی عبدالله (علیه السلام) روایت شده است که فرمودند: عباس مال مضاربه داشت و با عاملان شرط می‌کرد که از راه دریا و بیابان سفر نکنند و در صورت انجام این کار ضامن سرمایه خواهند شد. این خبر به پیامبر رسید، پیامبر شرط عباس بر ایشان را جایز دانست.²

¹- محمد بن یعقوب، عن علی بن إبراهیم، عن ابیه، عن ابن ابی نجران، عن عاصم بن حمید، عن محمد بن قیس، عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: قال امیر المومنین (علیه السلام): من اتجر مالا و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان الحدیث. وسائل الشیعة، ج 13، باب سوم از ابواب مضاربه، حدیث 2، ص 185.

² - احمد بن محمد بن عیسی فی (نوادره) عن ابیه، قال: قال ابو عبدالله (علیه السلام) قال کان للعباس المال المضاربه، فکان یشرط أن لا یرکبوا بحرا و لا ینزلوا وادیاً فإن فعلتم فأنتم ضامنون، فابلغ ذلك رسول الله (صلوات الله علیه) فأجاز شرطه علیهم.. وسائل الشیعة، ج 13، باب اول از ابواب مضاربه، حدیث 12، ص 183.

همچنین در مستدرک الوسائل از امام صادق (علیه السلام) روایت شده است: هرگاه وصی با مال یتیم تجارت کند در حالی که ولی یتیم وصیت نکرده باشد، در صورت وارد آمدن خسارت به مال ضامن است و سود حاصل از تجارت متعلق به یتیم است.¹

بر اساس روایاتی که در باب مضاربه وارد شده است می توان مشروعیت مضاربه را از طریق سنت استنباط کرد.

1-4-1- تعاریف

1-4-1-1- تعریف شرکت

شرکت عبارت است از: «عن کون الشیء الواحد للاثنین أو أزيد»² شرکت آن است که یک مال متعلق به دو یا چند نفر باشد. و به چهار نوع تقسیم می شود:

1- شرکت عنان که شرکت در اموال است و در آن هر دو شریک نسبت به شرکت، تصرف در آن و استحقاق سود به نسبت سرمایه از اختیارات یکسانی برخوردار هستند.

2- شرکت اعمال: به این صورت که دو نفر قراردادی می بندند مبنی بر این که هر کدام به تنهایی کار کنند و در حاصل کار با هم شریک باشند. خواه کار آن ها از نظر اندازه و نوع برابر باشد یا متفاوت.

3- شرکت مفاوضه به این معناست که دو یا چند نفر با عقدی لفظی در آنچه به دست می آورند و سودی که حاصل می شود و خسارت هایی که متحمل می شوند و بهره ای که به دست می آورند؛ شریک باشند.

3- شرکت وجوه: شرکتی است که در آن دو شخص آبرومند و معتبر فاقد سرمایه، با عقدی لفظی با هم شریک شوند که با ثمن کلی کالا را خریداری کنند و هر مالی که هر کدام می خردند بین آنان مشترک باشد سپس آن را فروخته و قیمت آن را پرداخت کنند و آنچه که به عنوان سود حاصل شده است متعلق به هر دو

¹ - إذا اتجر الوصی بمال الیتیم و لم يجعل له ذلک فی الوصیة فهو ضامن لما نقض من المال و الربح لیتیم. مستدرک الوسائل، ج 13، ص 417.

² - یزدی، سید محمد کاظم، عروة الوثقی، ج 2، ص 698.

شریک باشد.¹ فقهای امامیه شرکت عنان را معتبر می-
دانند.²

1-4-2-تعریف حق العملکاری

حق العملکاری شغلی است که موجب گسترش و تسهیل در امر معاملات می‌شود. بر اساس این قرارداد حق العملکار به واسطه و اعتبار و شهرت خود با سرمایه‌ی مالک به تجارت می‌پردازد. ماده‌ی 357 قانون تجارت حق العملکار را فردی معرفی می‌کند که به اسم خود ولی به حساب دیگر (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العمل دریافت می- دارد.

1-4-3-تعریف ربا

ربا در لغت به معنای «افزونی و زیاده»³ است. و در اصطلاح فقهاء عبارت است از گرفتن مقدار زیاده در معامله‌ی کالای ربوی و یا قرض و گاهی نیز به خود معامله‌ای که مشتمل بر زیادی باشد، ربا گفته می‌شود.⁴ علاوه بر مسلمانان که بر حرمت ربا متفقند، ربا در همه‌ی ادیان آسمانی حرام است. رباخواری در برخی از آیات قرآن و روایاتی از ائمه (علیهم السلام) حرام اعلام شده است. برخی از این آیات و روایات عبارتند از: آیه‌ی 278 و 279 سوره‌ی بقره: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ 278 فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِن تَبْتِغُوا فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ 279.⁵

¹ - دادمرزی، سید مهدی، فقه استدلالی، صص 357 و 356.
² - شهید ثانی، الروضة البهية، ج 4، ص 198؛ همو، مسالك الأفهام، ج 4، صص 310 و 309؛ محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح قواعد، ج 8، ص 10.

³ - ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 126.

⁴ - کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج 4، ص 265.

⁵ - ای کسانی‌که ایمان آورده‌اید، از خدا پروا کنید، و اگر واقعاً مومنینید، ربایی را که از شما نزد مردم باقی مانده است واگذارید و آن را مطالبه نکنید. پس اگر چنین نکنید و به رباخواری ادامه دهید، بدانید که از جانب خدا و رسولش پیکاری بر ضد شما بر پا خواهد شد. و اگر توبه کنید سرمایه‌هایتان - که آمیخته با ربا نیست - از آن شماست؛ نه ربا می‌گیرید که ستم کنید و نه سرمایه-