



۱۸۷۸۶

دانشکده معارف اسلامی و حقوق مسؤل عقایدی که نویسنده در

این پایان نامه اظهار نموده است، نمی باشد.

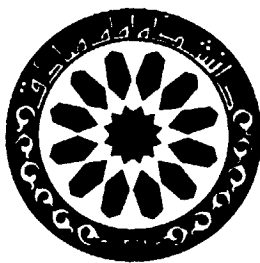
کلیه حقوق ناشی از این اثر متعلق به دانشگاه امام صادق علیه السلام

می باشد. و هر نوع استفاده از کل یا بخشی از آن مانند واگذاری به دیگر

مؤسسات، چاپ و مانند آن منوط به اجازه کتبی از دانشگاه می باشد.

کتابخانه تخصصی امام صادق (ع)

شماره ثبت ۲۵۳
شماره ۴



۱ / ۸ / ۱۳۷۷

دانشگاه امام صادق (ع)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

مرکز اطلاعات مدرک علمی ایران
شمیه مدرک

مضاربه در حقوق ایران و کاربرد آن در امور بانکی

پایان نامه کارشناسی ارشد پیوسته

استاد راهنما:

جناب حجة الاسلام والمسلمین دکتر سید مصطفی محقق داماد

اساتید مشاور:

حضرت آية الله غلامرضا رضوانی جناب آقای دکتر حسین مهرپور

نگارش از: محمود شریفیان جزی

کد: ۶۸

آبان ماه ۱۳۷۶

۱۸۷۸۹

۰۰۰۱/۲

۱۳۷۶

پیشگفتار

حمد و سپاس خدای تعالی را که به انسان فکرت آموخت تا در پرتو آن به معرفت او دست یابد و از این طریق به مقام قرب وی نایل آید و درود و صلوات خدای تعالی بر پیامبر اسلام حضرت محمد بن عبدالله و خاندان عصمت و طهارتش، واسطه‌های فیض الهی با بشر خاکی و کشتی نجات بشریت در دریای هلاکت و پستی در دنیا و آخرت و وسیله هدایت به سوی مبدأ هستی.

و با درود و سلام به روان پاک امام خمینی بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران و همه شهدای اسلام و انقلاب اسلامی که موجبات تشکیل حکومت اسلامی و پیاده شدن احکام الهی را در این سرزمین فراهم آوردند.

تقدیر

از آن جهت که زمره ناسپاسان درگاه الهی قرار نگیرم (مَنْ لَمْ يَشْكُرِ
الْمَخْلُوقَ لَمْ يَشْكُرِ الْخَالِقَ) بر خود واجب می دانم از زحمات استاد گرانقدر و
ارجمند جناب حجة الاسلام والمسلمین دکتر سید مصطفی محقق داماد که در طول
تحقیق و نگارش این پایان نامه، با راهنمایی های خویش چراغ راه اینجانب بودند،
کمال تشکر و قدردانی بنمایم.

همچنین از اساتید گرانقدر و محترم حضرت آیه الله غلامرضا رضوانی و
جناب آقای دکتر حسین مهرپور که مشاوره اینجانب را پذیرفتند تقدیر و تشکر
می نمایم.

انشاء الله خدای تعالی سلامتی و توفیق بیش از پیش عنایتشان فرماید.

تقدیم

تقدیم به همهٔ سرو قامتانی که خطهٔ سرخ خوزستان را برای همیشه سبز کردند.
بخصوص برادران عزیزم احمد رضا شریفیان جزی و علیرضا احمدی دستجردی.

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان مطالب</u>
۱	مقدمه
کلیات	
۵	۱- واژه مضاربه
۵	۲- مضاربه از دیدگاه فقهاء
۷	۳- سیر تاریخی مضاربه
۸	مضاربه حضرت خدیجه <small>رضی الله عنها</small> با پیامبر اکرم <small>صلی الله علیه و آله</small>
۹	۴- مضاربه در حقوق موضوعه ایران
۱۰	۵- مقایسه مضاربه با قرض و بضاعت
۱۱	۶- استقلال مضاربه
۱۲	۷- شرایط اساسی صحت معاملات
۱۳	۷-۱- اراده طرفین
۱۳	۷-۲- اهلیت
۱۳	محجورین
۱۴	۷-۲-۱- صغار
۱۴	۷-۲-۲- اشخاص غیر رشید
۱۵	تحول قانون مدنی

۱۷	بررسی و نقد ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی
۱۸	نظر کمیسیون استثنائات
۲۰	رای هیأت عمومی دیوان عالی کشور
۲۲	۷-۲-۳- مجانبین
۲۳	۷-۳- معین بودن موضوع معامله
۲۳	۷-۴- مشروعیت جهت معامله
۲۳	۸- طرفین مضاربه
۲۳	۸-۱- مشتریان
۲۳	۸-۱-۱- اشخاص حقیقی
۲۴	۸-۱-۲- اشخاص حقوقی
۲۵	۸-۲- بانک
۲۶	۹- انواع شرکت از دیدگاه فقها
۲۶	۹-۱- شرکت واقعی
۲۷	۹-۱-۱- شرکت واقعی حقیقی
۲۷	۹-۱-۲- شرکت واقعی فهری
۲۷	۹-۱-۳- شرکت واقعی اختیاری بدون عقد
۲۷	۹-۲- شرکت عقدی اکتسابی
۲۷	۹-۲-۱- شرکت العنان

۲۸	۹-۲-۲- شرکت در اعمال
۲۸	۹-۲-۳- شرکت در وجوه
۲۸	۹-۲-۴- شرکت مفاوضه

فصل اول - ارکان مضاربه

گفتار اول - سرمایه

۳۰	شرایط سرمایه
۳۰	۱- عین بودن
۳۵	۲- مسکوک بودن
۳۷	۳- معلوم بودن
۳۷	۴- معین بودن

گفتار دوم - عمل

۳۹	وظایف و اختیارات عامل
۴۲	عمل در حقوق موضوعه ایران

گفتار سوم - سود

۴۵	شرایط سود
۴۶	۱- اختصاص به متعاقدين
۴۶	۲- اشتراك متعاقدين

۴۸	۳- معلوم بودن
۴۹	۴- جزئیه بودن
۴۹	زمان تملک سود برای عامل
۵۲	سود در قوانین موضوعه ایران
۵۴	سود در قانون عملیات بانکی بدون ربا
۵۵	تعیین نسبت و سهم سود مضاربه در بانکداری کنونی

فصل دوم - آثار و احکام مضاربه

گفتار اول

۵۷	۱- جواز عقد مضاربه
۵۹	۲- شروط ضمن عقد
۵۹	۲-۱- شروط صحیح
۶۰	۲-۲- شروط باطل
۶۰	۲-۳- مقتضای ذات عقد و شرط خلاف آن
۶۱	۲-۴- مقتضای اطلاق عقد و شرط خلاف آن
۶۲	۳- شرط لزوم مضاربه
۶۳	۴- اثر تعیین مدت برای تجارت
۶۳	۵- شرط عدم فسخ
۶۴	اثر شرط ضمن عقود دیگر

گفتار دوم - وضعیت حقوقی عامل نسبت به سرمایه

- ۶۶ ۱- امین بودن عامل
- ۶۶ ۲- شرط ضمان عامل
- ۶۷ ۳- امین بودن و شرط ضمان عامل در حقوق موضوعه
- ۷۰ ۴- حساب به مدت و حساب جاری با شرط تضمین سرمایه

گفتار سوم

- ۷۲ مضاربه عامل با سرمایه مضاربه و واگذاری مضاربه به دیگری
- ۷۴ صورتهای مختلف واگذاری
- ۷۶ مضاربه به عامل با سرمایه مضاربه و واگذاری آن به دیگری در قانون مدنی

فصل سوم - انحلال مضاربه

گفتار اول - علل انفساخ

- ۷۹ ۱- هت یا جنون یا سفه یکی از متعاقدین
- ۸۰ ۲- تلف شدن تمام سرمایه و سود
- ۸۰ ۳- مفلس شدن مالک
- ۸۱ شرایط افلاس
- ۸۳ ۴- عدم امکان تجارت منظور طرفین
- ۸۴ ۵- انفساخ در قانون مدنی

گفتار دوم - آثار انحلال

۸۷ صور مختلف انحلال و آثار آن

نتیجه گیری

- ۹۳ ۱- جمع بندی
- ۹۴ ۲- مشکلات اجرایی بانکداری کنونی
- ۹۵ ۱-۲- نا آشنایی کارگزاران و مراجعان بانکی با قوانین و مقررات
- ۹۶ ۲-۲- تصور عمومی بر ربوی بودن بانکداری کنونی
- ۹۷ ۲-۳- صوری عمل کردن بسیاری از بانکها
- ۹۹ ۳- راه حل ها و پیشنهادها
- ۹۹ ۳-۱- آموزش و نظارت
- ۱۰۱ ۳-۲- دادوستد با پشتوانه طلا
- ۱۰۲ ۳-۳- پذیرش قیمی بودن اسکناس
- ۱۰۳ ۴- مشکلات خاص مضاربه
- ۱۰۳ ۴-۱- عدم مشارکت بانک در زیان وارد بر سرمایه و سود
- ۱۰۴ ۴-۲- صورتسازی تسهیلات در مضاربه
- ۱۰۴ ۴-۳- عدم نظارت کافی بر حسن اجرای قرارداد
- ۱۰۵ ۵- راه حلها و پیشنهادها
- ۱۰۶ فهرست منابع

بسمه تعالی

چکیده:

مضاربه عقدی است که بواسطه آن مالک سرمایه‌ای را در اختیار عامل قرار می‌دهد تا با آن به تجارت بپردازد. سود بدست آمده از این معامله میان عامل و مالک تقسیم می‌شود. سرمایه باید وجه نقد باشد و حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاء از کل - مانند: نصف، ثلث، ربع و ... - باشد سهم هر یک از طرفین از سود باید در عقد مضاربه معین شود مگر این که عرف منجزاً آن را تعیین کرده باشد. بدلیل جائز بودن مضاربه هر یک از طرفین در هر زمان می‌توانند آن را فسخ نمایند. مضاربه یک معامله عقدایی است لذا از عقود امضایی اسلام است.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز مضاربه را به عنوان یکی از عقود مجاز و قابل اجرا پذیرفته است. مواد ۵۴۶ تا ۵۶۰ قانون مدنی به مضاربه اختصاص داده شده است در این مواد - طبق نظر مشهور فقهاء - به تعریف ارکان و آثار حقوقی مضاربه پرداخته شده است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، اقداماتی در زمینه اسلامی کردن بانکها در سال ۱۳۵۸ صورت گرفته است؛ نخستین گام «حذف بهره بر اساس مصوبه ۵۸/۱۰/۳ شورای پول و اعتبار بود» سپس در تاریخ ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی قانون عملیات بانکی بدون ربا را مورد تصویب قرار داد. که در تاریخ ۱۳۶۲/۶/۱۰ به تأیید شورای نگهبان رسید.

بانکها - به عنوان اشخاص حقوقی - یکی از دو طرف معامله در مضاربه محسوب می‌شوند که از نظر حقوقی ماهیتاً به صورت شرکت سهامی تأسیس و بر اساس قوانین خاص خود اداره 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 طبق مقررات مربوطه به لایحه مذکور اداره می‌شوند. اگر چه قانون «بانکداری بدون ربا» با نظر مشهور فقهای شیعه و قانون مدنی انطباق دارد اما در عمل این قانون با مشکلاتی همراه بوده است. از جمله:

۱- عدم آشنایی کافی کارگزاران و مراجعان بانک با شیوه جدید بانکداری

۲- تصور عمومی بر ربوی بودن بانکداری کنونی

۳- صوری عمل کردن بسیاری از بانکها

۴- مشکلات خاص مربوط به اجرای عقد مضاربه که عبارتند از:

الف: عدم شرکت بانک در زیان

ب: صورت سازی تسهیلات در مضاربه

ج: عدم نظارت کافی بر حسن اجرای قرارداد

برای رفع این مشکلات راه حل هایی پیشنهاد می‌شود که عبارتند از: ۱- ایجاد مراکز اطلاع رسانی و نظارت ۲-

تقبل زیان احتمالی از سوی بانک ۳- پرهیز از اقداماتی که تصور ربوی بودن بانکداری را افزایش می‌دهد ۴-

تقویت نیروی انسانی ۵- تخصصی نمودن بانکها.

مقدمه

از دیرباز در جامعه بشری ثروت در دست عده‌ای بوده است که در برخی موارد صاحبان ثروت هنر و توانایی معامله یا فرصت تجارت با آن را بدست نمی‌آوردند و عده‌ای نیز که فن تجارت و معامله را دارا بودند در برخی مواقع دستشان خالی از سرمایه بود. این حالت سبب شده بود تا دارندگان سرمایه برای ازدیاد سرمایه خود، اموال خود را در اختیار صاحبان فن تجارت قرار داده تا با آن تجارت کنند و در سود حاصل با یکدیگر شریک باشند. دین مبین اسلام نیز که احکامش با عقل سلیم مطابقت دارد این معامله را امضاء نموده و از صدر اسلام تاکنون مورد عمل مسلمین بوده است. فقهاء نیز یکی از کتب فقهی خود را به این مبحث اختصاص داده و در طول زمان به بررسی آن پرداخته‌اند.

نویسندگان قانون مدنی نیز به پیروی از فقهای امامیه قسمتی از قانون مدنی را به این مبحث اختصاص داده‌اند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تصمیم مقننین به تغییر نظام بانکداری سابق و تبدیل آن به بانکداری بدون ربا، مضاربه نیز در زمره عقود مورد قبول نظام جدید بانکداری قرار گرفت.

از آنجاییکه در طول مدت اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا، مشکلاتی در اجرا مشاهده شده و در اذهان عموم سؤالات زیادی در خصوص ماهیت مضاربه‌ای که بانکها در اختیار

مشتریان قرار می دهند، پدید آمده است، تصمیم گرفتم به بررسی عقد مضاربه از نظر فقهایی شیعه، حقوق مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا پردازم و ضمن تطبیق آنها به مشکلات اجرایی و ابهامات موجود در اذهان عموم اشاره کرده و در پایان پیشنهادهایی جهت رفع ابهامات و مشکلات موجود ارائه نمایم. این پایان نامه شامل مقدمه، کلیات، سه فصل و نتیجه گیری و پیشنهادها می گردد.

در بخش کلیات به بررسی واژه مضاربه، مضاربه از دیدگاه فقهاء، سیر تاریخی مضاربه، مضاربه در حقوق موضوعه ایران، مقایسه مضاربه با قرض و بضاعت و استقلال مضاربه پرداخته خواهد شد. در این بخش هم چنین ویژگیهای اساسی صحت معاملات، ویژگیهای طرفین در عقد مضاربه، ماهیت شخصیت بانک و شرکت از دیدگاه فقهایی شیعه بررسی خواهد شد.

فصل اول، شامل سه گفتار است که در هر گفتار پیرامون یکی از ارکان مضاربه بحث خواهد شد.

گفتار اول شامل سرمایه و خصوصیات آن می باشد.

گفتار دوم به عمل و وظایف و اختیارات عامل پرداخته می شود.

گفتار سوم به بررسی سود و شرایط آن، زمان تملک سود برای عامل و تعیین نسبت و سهم

سود و سایر موارد مربوط به سود پرداخته می شود.

فصل دوم به آثار و احکام مضاربه اختصاص دارد.

در این فصل جواز مضاربه، شروط ضمن عقد، شرط لزوم مضاربه، اثر تعیین مدت برای

تجارت، شرط عدم فسخ، امین بودن عامل، شرط ضمان عامل، مضاربه عامل با سرمایه مضاربه و

واگذاری مضاربه به دیگری و صور مختلف واگذاری مورد بحث قرار خواهد گرفت.

فصل سوم شامل دوگفتار می باشد:

گفتار اول به بررسی علل انفساخ مضاربه می پردازد و گفتار دوم آثار انحلال را مورد بررسی

قرار می دهد.

در بخش پایانی به جمع بندی مطالب کلیات و سه فصل، مشکلات اجرایی عملیات بانکی

بدون ربا و راه حلها و پیشنهادهای رفع آن، مشکلات خاص مضاربه و پیشنهادهایی برای رفع آن،

پرداخته می شود.

روش تحقیق کتابخانه ای است. شایان ذکر است از تحقیقات میدانی محققین قبلی استفاده

خواهد شد.

کلیات

۱- واژه مضاربه

جمال الدین محمد بن مکرم الانصاری، مشهور به ابن منظور در تعریف مضاربه،^(۱) آنرا هم ردیف قراض دانسته و معتقد است دریافت آنچه می توان با آن مضاربه نمود از مالک بر این اساس که سود میان هر دو تقسیم شود یا سهمی از سود برای مالک در نظر گرفته شود، مضاربه نام دارد. وی آنرا مشتق از «ضرب» به مفهوم جستجوی رزق و روزی می داند و در تأیید کلام خود به قول خدای تعالی «و آخرون یضربون فی الارض یتفون من فضل الله...» استناد می نماید و بر این اساس معتقد است به «عامل»، «مضارب» گفته می شود چراکه او برای سفر تجاری زمین را زیر پا می گذارد و در ادامه احتمال صدق کلمه مضارب به هر یک از عامل و مالک را تقویت نموده و علت آنرا مضاربه هر یک با دیگری بیان می کند.

۲- مضاربه از دیدگاه فقهاء

بسیاری از فقهاء^(۲) نیز مضاربه را همین گونه تعریف کرده و گفته اند کلمه مضاربه از ضرب به

۱- لسان العرب ج ۸ ص ۳۶ - دأراحیاء التراث العربی چاپ اول ۱۹۸۸

۲- بحرانی - شیخ یوسف - الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة ج ۲۱ ص ۱۹۹ - خوانساری - سید احمد - جامع المدارک فی شرح المختصر النافع ج ۳ ص ۴۰۶ - شهید ثانی الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ج ۴ ص ۲۱۱ - طباطبایی - سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بدلائل ج ۱ ص ۶۰۵ - طباطبایی یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۴۲۵ - نجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ج

مفهوم سیر در زمین مشتق شده که در آن عامل برای به دست آوردن سود زمین را زیر پا می‌گذارد و در ادامه می‌گویند: مضاربه از باب مفاعله و نیازمند دو طرف می‌باشد و مناعنه بودن مضاربه را بر این اعتبار می‌دانند که مالک سبب سیر و عالم مباشر سیر است.

علت دیگر نامگذاری مضاربه سهیم بودن هر یک از عامل و مالک در سود، بیان شده است.

برخی نیز در گردش بودن سرمایه را علت نامگذاری مضاربه بیان کرده‌اند.^(۱)

صاحب مستمسک العروة الوثقی^(۲) در اینکه در باب مفاعله باید مشارکت وجود داشته باشد اشکال کرده و مثالهایی نیز در تأیید کلام خود آورده‌اند. مانند جملات «طالعت الکتاب»، «تابعت زیداً»، «بارکت له» و... که مفهوم مشارکت را نمی‌رسانند. ایشان معتقدند دلیل استناد به این کلام، فرض وضع صینه مفاعله برای صدور ماده از دو نفر می‌باشد که این فرض صحیح نمی‌باشد و مفاعله برای تصدی و قیام فاعل برای تحقق ماده در خارج وضع شده است که ممکن است ماده در خارج ایجاد شود و ممکن است ایجاد نشود. مانند قاتلت که خبر از سعی در قتل می‌دهد و ممکن است قتل صورت نگرفته باشد. آنچه مسلم است، مقتضای مشارکت در آن نیست. ایشان در ادامه می‌افزایند: «مقتضای مشارکت آنست که هر یک از مالک و عامل مضارب دیگری باشد در صورتیکه همان فقهایی که لازمه مضاربه را مشارکت می‌دانند در کلماتشان

۱- طباطبایی حکیم - سید محسن . مستمسک العروة الوثقی ج ۱۲ ص ۲۳۴

۲- مستمسک العروة الوثقی همان جلد ص ۲۳۵

صریحاً بیان کرده‌اند برای صاحب مال، اهل لغت از کلمه مضاربه چیزی نگفته‌اند.^(۱)

کلمه مضاربه لغتی بوده است که مردم عراق برای این معامله بکار می‌برده‌اند. اما مردم حجاز، از این معامله به «قراض» تعبیر می‌کرده‌اند. در علت نامگذاری این معامله به قراض دو احتمال ذکر شده است: اول اینکه از ماده قرض به مفهوم قطع گرفته شده است چرا که گویا مالک بخشی از مال خود را از سایر اموالش قطع نموده و به عامل تسلیم می‌نماید هر چند پس از اتمام معامله اصل مال به خودش برمی‌گردد.^(۲) احتمال دوم اینکه از مقارضه و به معنی مساوات گرفته شده است زیرا هر یک از مالک و عامل در داشتن سهم از سود مساویند هر چند از نظر کمیت یکسان نباشد،^(۳) به عبارت دیگر تساوی و توازن عمل و سرمایه در نظر است.

۳- سیر تاریخی مضاربه

عباس بن عبدالمطلب، عموی پیامبر اسلام ﷺ که یکی از ثروتمندان فریش بود اموال خود را در شرکت و مضاربه به جریان می‌انداخت. در روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است: «عباس عموی پیامبر ﷺ اموالش را با مضاربه به جریان می‌انداخت و با آنها شرط می‌کرد از

۱- مستمسک العروة الوثقی ج ۱۲ ص ۲۳۵

۲- عروة الوثقی ج ۲ ص ۴۲۵ - جامع المدارک فی شرح المختصر النافع ج ۳ ص ۴۰۶

۳- شهید ثانی - همان مرجع ص ۲۱۱ - طباطبایی سید علی، همان ص ۶۰۵ - جواهر ج ۲۶ ص ۳۳۶ -

حدائق الناضرة ج ۲۱ ص ۲۰۰ - محمد بن الحسن بن علی الطوسی - المبسوط فی الفقه الامامیه ج ۳ ص

۱۶۷ - المكتبة المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریة