

بررسی حقوق پدیدآوران



واحد دماوند

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق «M.A»

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی و مقایسه ارکان و آثار عقود مرابحه و مضاربه در نظام بانکی و مقایسه با فقه

امامیه

استاد راهنما:

دکتر حسین جلیل زاده ماکویی

نگارش:

امید سمیاری

پائیز ۱۳۹۷

ب



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

بایاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشتن مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادالشیخیمان و اعضاء هیئت علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران (انسن، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.



تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب امید سمیاری دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ از پایان نامه/ رساله خود تحت عنوان " بررسی و مقایسه ارکان و آثار عقود مرابحه و مضاربه در نظام بانکی و مقایسه با فقه امامیه" با کسب نمره و درجه دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

- ۱) این پایان نامه/ رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.
- ۲) این پایان نامه/ رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزشی عالی ارائه نشده است.
- ۳) چنانچه بعد از فراغت تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: امید سمیاری

امضاء



بسمه تعالی

دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند

فرم تایید اصلاحات داوری

۱- پایان نامه دانشجو آقای امید سمیاری طبق فرم اصلاحات داوری به شماره ۱۶۲۶ از نظر محتوا مورد تایید اساتید می باشد.

امضا مسئول کتابخانه

تقدیم به:

ماحصل آموخته هایم را تقدیم می کنم به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آرام
زمینی ام است

بالاخص استوارترین تکیه گاهم، دستان پرمهر پدرم

سپاس و ستایش مر خدای را جل و جلاله که آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان
است و انوار حکمت او در دل شب تار، درفشان. آفریدگاری که خویشتن را به ما شناساند
و درهای علم را بر ما گشود و عمری و فرصتی عطا فرمود تا بدان، بنده ضعیف خویش
را در طریق علم و معرفت بیازماید.

و در آخر از خداوند متعال ، توفیق تلاش در شکست، صبر در نومیدی، رفتن بی همراه،
جهاد بی سلاح، کار بی پاداش، فداکاری در سکوت، دین بی دنیا، مذهب بی عوام، عظمت
بی نام، خدمت بی نان، ایمان بی ریا، خوبی بی نمود، گستاخی بی خامی، مناعت بی غرور،
عشق بی هوس، تنهایی در انبوه جمعیت و دوست داشتن بی آنکه دوستت بدارند و
چشیدن طعم شیرین محبت آقا امیرالمومنین ، را خواستارم.

فهرست مطالب

چکیده ----- ۱

فصل ۱: کلیات

۱-۱ بیان مسأله اساسی تحقیق ----- ۳

۲-۱ اهمیت و ضرورت انجام تحقیق ----- ۳

۳-۱ مرور ادبیات و سوابق مربوطه ----- ۳

۴-۱ اهداف تحقیق ----- ۳

۵-۱ سؤالات تحقیق ----- ۳

۶-۱ فرضیه‌های تحقیق ----- ۴

۷-۱ تعریف واژه‌های تخصصی ----- ۴

۱-۷-۱ عقد ----- ۴

۲-۷-۱ عقد مضاربه ----- ۵

۳-۷-۱ عقد مرابحه ----- ۵

فصل ۲: مبانی نظری و پیشینه پژوهش

۱-۲ تعریف، تاریخچه و ماهیت حقوقی مضاربه ----- ۷

۱-۱-۲ تعریف مضاربه ----- ۷

۲-۱-۲ تاریخچه مضاربه ----- ۹

۳-۱-۲ ماهیت حقوقی مضاربه ----- ۹

۲-۲ ویژگی‌های عقد مضاربه ----- ۱۰

۱-۲-۲ عقد بودن ----- ۱۰

۲-۲-۲ عهدی بودن ----- ۱۰

۳-۲-۲ معوض بودن ----- ۱۱

- ۱۱ ----- ۴-۲-۲ جایز بودن
- ۱۳ ----- ۳-۲ ارکان مضاربه
- ۱۳ ----- ۱-۳-۲ سرمایه
- ۱۳ ----- ۱-۱-۳-۲ نقد بودن سرمایه
- ۱۵ ----- ۲-۱-۳-۲ عین بودن سرمایه
- ۱۶ ----- ۳-۱-۳-۲ معلوم و معین بودن سرمایه
- ۱۷ ----- ۴-۱-۳-۲ تسلیم سرمایه به مضاربه‌کننده
- ۱۷ ----- ۲-۳-۲ عامل (مضارب)
- ۱۹ ----- ۱-۲-۳-۲ امین بودن عامل و شرط ضمن آن
- ۲۱ ----- ۲-۲-۳-۲ تعدد مضارب
- ۲۲ ----- ۳-۳-۲ سود
- ۲۴ ----- ۱-۳-۳-۲ شرط به سود به نفع شخص ثالث
- ۲۵ ----- ۲-۳-۳-۲ احتساب سود و زیان

فصل ۳: بررسی ماهیت، شرایط و ارکان عقد مرابحه در حقوق موضوعه

- ۲۸ ----- ۱-۳ مفهوم عقد مرابحه در مقابل ایقاع
- ۲۸ ----- ۱-۱-۳ مرابحه در لغت
- ۲۹ ----- ۲-۱-۳ بررسی حقوقی عقد مرابحه
- ۲۹ ----- ۲-۳ ارکان عقد مرابحه
- ۳۰ ----- ۱-۲-۳ شروط عمومی صحت عقد مرابحه
- ۳۰ ----- ۲-۲-۳ شروط اختصاصی
- ۳۱ ----- ۳-۳-۳ بررسی ماهیت فقهی مرابحه
- ۳۱ ----- ۴-۳-۳ شرایط صحت بیع مرابحه
- ۳۲ ----- ۵-۳-۳ تعریف خرید دین

- ۳۳-۳-۵-۱ شرایط صحت عقد خرید دین ----- ۳۳
- ۳۳-۳-۵-۲ دکتترین فقهی در خرید دین ----- ۳۳
- ۳۴-۳-۶-۳ تعریف استصناع ----- ۳۴
- ۳۴-۳-۶-۱ ارکان عقد استصناع ----- ۳۴
- ۳۴-۳-۷-۱ جایگاه قرارداد مباحه در متون روایی ----- ۳۴
- ۳۴-۳-۷-۱ مشروعیت مباحه در روایات ----- ۳۴
- ۳۵-۳-۷-۲ مشروعیت مراجعه نقد و نسیه در روایات ----- ۳۵
- ۳۶-۳-۷-۳ مشروعیت مباحه و وکالتی در روایات ----- ۳۶
- ۳۶-۳-۷-۴ مشروعیت مباحه با سود درصدی در روایات ----- ۳۶
- ۳۷-۳-۸-۱ بیع مباحه در فقه امامیه ----- ۳۷
- ۳۷-۳-۸-۱ حکم بیع مباحه در فقه امامیه ----- ۳۷
- ۳۷-۳-۴-۴ مباحه در حقوق موضوعه ----- ۳۷
- ۳۷-۳-۴-۱ اقاله و فسخ مباحه ----- ۳۷
- ۴۱-۳-۴-۲ موارد موجب بطلان عقد مباحه ----- ۴۱
- ۴۴-۳-۴-۳ قلمرو قرارداد مباحه ----- ۴۴
- ۴۵-۳-۴-۱ تمایز مباحه و فروش اقساطی ----- ۴۵
- ۴۵-۳-۴-۲ طراحی کارت اعتباری براساس قرارداد مباحه ----- ۴۵
- ۴۶-۳-۴-۱ مبانی فقهی و حقوقی کارت اعتباری ----- ۴۶
- ۴۶-۳-۴-۲ قصد خرید وکالتی ----- ۴۶
- ۴۷-۳-۴-۳ بررسی فقهی جریمه تاخیر (وجه التزام) ----- ۴۷
- ۴۷-۳-۴-۴ بررسی حقوقی جریمه تاخیر (وجه التزام) ----- ۴۷
- ۴۸-۳-۵-۵ ویژگی های راهکار مباحه ----- ۴۸
- ۴۸-۳-۵-۱ اصل سود و زیان در قرارداد مباحه ----- ۴۸

فصل ۴: بررسی مضاربه و مرابحه در نظام بانکی ایران

- ۴-۱ ویژگی های غیر قابل تغییر در بانکداری اسلامی ----- ۵۱
- ۴-۱-۱ نفوذ مضاربه در بانکداری ----- ۵۲
- ۴-۲ تحولات بانکی بعد از انقلاب اسلامی ----- ۵۳
- ۴-۲-۱ ملی شدن بانک ها ----- ۵۳
- ۴-۲-۲ ادغام بانک ها ----- ۵۴
- ۴-۲-۳ تمایل به وجود سود تضمین شده و از بین بردن بهره ----- ۵۵
- ۴-۲-۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) ----- ۵۷
- ۴-۳ اشکال متمایز مضاربه در نظام بانکی ----- ۵۹
- ۴-۳-۱ مضاربه مطلق و مقید ----- ۵۹
- ۴-۳-۲ مضاربه مدنی و بانکی ----- ۶۰
- ۴-۳-۳ مشترکات ----- ۶۱
- ۴-۳-۴ تمایزات ----- ۶۲
- ۴-۳-۵ عقد مضاربه از منظر بانک ----- ۶۴
- ۴-۳-۵-۱ مضاربه صادراتی ----- ۶۴
- ۴-۳-۵-۲ مضاربه وارداتی ----- ۶۵
- ۴-۳-۵-۳ مضاربه داخلی ----- ۶۵
- ۴-۴ نتایج شرعی عمل نظام بانکی به ضوابط اسلامی ----- ۶۶
- ۴-۴-۱ نحوه اجرای عقد مضاربه در بانک های کشور ----- ۶۸
- ۴-۴-۱-۱ نیاز به فرهنگ سازی برای بانکداران و متقاضیان ----- ۶۹
- ۴-۴-۱-۲ اثر اخذ نرخ سود ثابت و تزلزل مفهوم اشاعه و ایجاد شبهه ربا ----- ۷۰
- ۴-۴-۱-۳ معامله مضاربه غیرواقعی ----- ۷۰
- ۴-۵ بانکداری در عصر جدید و نیاز به تغییر مبنا ----- ۷۱

- ۷۲ ----- ۴-۵-۱ مرابحه در قانون عملیات بانکی بدون ربا
- ۷۳ ----- ۴-۵-۲ اقسام اوراق مرابحه
- ۷۳ ----- ۴-۵-۲-۱ اوراق مرابحه بدهی دولت
- ۷۴ ----- ۴-۵-۲-۲ اوراق مرابحه بازخرید دارایی ها
- ۷۴ ----- ۴-۵-۲-۳ اوراق مرابحه مؤسسات مالی (شرکتهای واسطه)
- ۷۵ ----- ۴-۵-۲-۴ عناصر اصلی اوراق مرابحه
- ۷۶ ----- ۴-۵-۲-۵ قلمرو اوراق مرابحه
- ۷۶ ----- ۴-۵-۲-۶ آثار اقتصادی
- ۷۷ ----- ۴-۶ تاثیر وجود مرابحه بر بانک ها
- ۷۹ ----- ۴-۷ مرابحه در قانون برنامه پنجم توسعه

فصل ۵: نتیجه گیری

- ۸۱ ----- نتیجه گیری
- ۸۵ ----- منابع و مآخذ
- ۸۸ ----- ABSTRACT

چکیده

عقد مضاربه در نظام بانکی از اهمیت بالایی برخوردار بوده و عموماً یکی از عقود پر کاربرد جهت تامین سرمایه فعالان اقتصادی است.

مراجعه یکی از عقود است که می توان گفت در نظام بانکی بسیار نوظهور بوده و کمتر از ۵ سال است که مورد توجه شبکه بانکی قرار گرفته است.

در این عقد مهم ترین چالش، تعیین نرخ سود است که در این خصوص نظرات متعددی مطرح است.

در مقام بیان مشابهت دو عقد می توان به کارآیی واحد و آن هم تامین سرمایه برای تجار و مشتریان کوچک شبکه بانکی اشاره نمود.

اما چالش اساسی هر دو عقد در شبکه بانکی، تعیین میزان سود به عبارت و نرخ دیگر بهره است که تقریباً در سایر عقود مورد استفاده در شبکه بانکی نیز مطرح می باشد.

اما در بیان تفاوت در عقد می بایست به تضمین اصل سرمایه در عقد مضاربه توسط تسهیلات گیرنده اشاره نمود که عقد مزایه به این شکل مطرح نیست.

البته در نظام حقوقی و فقه امامیه، تضمین اصل سرمایه توسط عامل و از محل سایر اموال و دارایی های وی دیده شده است که در نظام بانکی و به جهت جلوگیری از مستهلک شدن اصل سرمایه، این شرط در همه قراردادهای مضاربه دیده می شود.

در پایان باید به این مهم توجه نمود که باتوجه به مشکل تعیین میزان سود در هر دو عقد، این عقود در نظام بانکی به چالش جدی همراه هستند که این ایراد در عقد مزایه بیشتر و ملموس تر می باشد.

پیشنهاد و راهکار ارائه شده در این عقود، عدم تعیین نرخ قطعی و توافق به صورت علی الحساب و غیرقطعی است که این امر برخی شبهات فقهی را برطرف می کند.

کلیدواژه: عقد مزایه، عقد مضاربه، فقه امامیه، نظام بانکی.

فصل ۱: کلیات

۱-۱ بیان مسأله اساسی تحقیق

در نظام بانکی، پس از بروز مشکلات حقوقی در محاکم در خصوص قراردادهای تسهیلاتی که در قالب عقد مضاربه تنظیم می گردید، اخیراً به سمت تنظیم قراردادی به نام مرابحه روی آورده اند. در این تحقیق به دنبال بررسی عناصر و آثار هر دو عقد مضاربه و مرابحه و مقایسه آن دو با یکدیگر هستیم و منظور از انجام این تحقیق شناسایی بهتر و دقیق تر عقد جدید مرابحه در نظم بانکی و مقایسه آن با مضاربه به جهت کشف دلیل جایگزینی آن در نظام بانکی است.

۲-۱ اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

مهم ترین اهمیت موضوع، دید و ناشناخته بودن عقد مرابحه است. عملی ترین فایده آن معرفی این عقد است که در آینده در نظام بانکی به جای عقد مضاربه خواهد نشست و عملاً بانکها بسیاری از تسهیلات خود را در قالب این عقد پرداخت خواهند نمود.

۳-۱ مرور ادبیات و سوابق مربوطه

درخصوص یک قسمت از موضوع حاضر (عقد مضاربه) در گذشته تحقیقات بسیار زیادی انجام شده است اما عقد مرابحه بسیار عنوان جدید و نو در نظام بانکی کشور است.

۴-۱ اهداف تحقیق

مهمترین هدف، شناسایی و معرفی تمامی ارکان و آثار، ویژگی های عقد جدید محاربه در نظام بانکی است. بحث و بررسی پیرامون این مهم که آیا ارکان و آثار و ویژگی های این عقد جای پیشرفت بیشتر آن در نظام بانکی را خواهد داد.

آیا ستفاده از آن مشکلات و موانع جدی تری در محاکم ایجاد خواهد کرد. و هدف ارمانی، شناسایی عقد مذکور از همه جهات و کاربرد آن در نظام بانکی است.

۵-۱ سؤالات تحقیق

سوال اصلی:

۱- آیا عقد مضاربه و مرابحه در شرایط تحقیق و آثار با هم مشترک هستند؟

سوالات فرعی:

- ۱- آیا عقد مرابحه می تواند در آینده جایگزین عقد مضاربه در نظام تسهیلاتی شبکه بانکی باشد؟
- ۲- دلیل استقبال شبکه بانکی از عقد مرابحه و جایگزینی آن در عقد مضاربه چیست؟

۱-۶ فرضیه‌های تحقیق

- ۱- عقد مرابحه بسیاری از موانع حقوقی و آثار حقوقی که مشکلاتی را برای بانک در وصول مطالباتی در عقد مضاربه ایجاد می شد، نخواهد داشت، لذا این دو با هم متفاوت هستند.
- ۲- به نظر می رسد به دلیل ویژگی ها و آثار عقد مرابحه، به سرعت در نظام بانکی رشد کند.
- ۳- مهمترین دلیل استقبال از عقد مرابحه حذف مشکلات و موانع قوقی و شرعی موجود در عقد مضاربه است.

۱-۷ تعریف واژه‌های تخصصی

۱-۷-۱ عقد

طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر متعهد به انجام امری شوند و مورد قبول آنها باشد. بر اثر عقد میان دو طرف، یک رابطه جدید حقوقی برقرار می شود و طرفین با توجه به موضوع قرارداد نسبت به یکدیگر باید تعهداتی را انجام دهند. در زبان غیرتخصصی عقد و قرارداد به یک معنی است، اما در علم حقوق منظور از اصطلاح عقد، عقود معین (آن دسته از عقدهایی که در قانون مدنی شرایط و چگونگی آنها ذکر شده است مثل عقد بیع، عقد اجاره، عقد رهن، عقد وکالت، عقد مضاربه و غیره) استعمال می شود و حال آنکه کلمه قرارداد، بر تمامی عقود (خواه معین باشد یا نباشد) اطلاق می شود. توافق دو یا چند نفر جزء اصلی تعریف قرارداد است. برای مثال در خرید ملک یا آپارتمان دو نفر توافق می کنند که یکی (فروشنده) ملک خود را به دیگری (خریدار) بدهد و دیگری در قبال آن پولی به فروشنده پرداخت کند. قصد و رضایت درونی دو طرف بر انتقال مال یا انجام کاری برای وقوع یک قرارداد کفایت می کند و زمانی که دو طرف با اراده آزاد بر موضوعی توافق کنند، ملزم به رعایت آن می شوند و پس از آن در حق طرفین و افرادی که جانشین آنها می شوند (قائم مقام قانونی) نیز موثر است و نیاز به هیچ گونه تشریفات ندارد، اما نکته مهم این است که قانون گذار به لحاظ مصالح اجتماعی شرایطی را به موارد فوق افزوده است که در بعضی مواقع بدون توجه به آن شرایط و تشریفات، مراجع قانونی از پذیرش قرارداد خودداری خواهند نمود. (عبدی، ۱۳۹۱، ۲) در فقه سه معنی برای عقد گفته شد: ۱- عقد به معنی عهد. ۲- عقد بمعنی پیمان موکد. ۳- عقد عبارت است از صیغه ایجاب و قبول. بنابراین تعریف در هر عقدی لفظ لازم است و با اشاره و کتابت و معاطات عقد واقع نمیشود و به عبارت دیگر همه عقود تشریفات خواهد بود. تعریف اول و

دوم صرفاً یک تفسیر لغوی است نه یک تفسیر حقوقی، لذا فاقد ارزش است. و تفسیر سوم هم سند قوی در منابع حقوقی اسلامی (قرآن کریم و احادیث) ندارد به همین جهت اصل تشریفاتی بودن عقود از نظر منابع حقوق اسلامی مسلم نیست در نهایت برای جمع‌بندی و مفاهیم ارایه شده از عقد می‌توان گفت که مفهوم عقد «مطلق ربط و گره» (که گاهی در امور مادی و حقیقی است و گاهی در امور اعتباری که همان مفهوم عقد در اصطلاح حقوقی است، می‌باشد) که دو طرف عقد را از لحاظ حقوقی به یکدیگر مرتبط می‌کند. بدین ترتیب، عهد، جعل و قرار معاملی است و عقد، ارتباط و پیوند دو طرف و ربط قرار به قرار دیگر است. (ابن منظور، ۱۳۹۴، ۳۴)

۱-۷-۲ عقد مضاربه

مضاربه کلمه‌ای عربی و بر وزن مفاعله است. ریشه این لغت «ض - ر - ب» و در معانی مختلف: (۱) زدن، (۲) تصرف و تبدیل و تعویض، (۳) مسافرت کردن، درنوردیدن و (۴) آمیختن و شریک شدن به کار رفته است (فرزین و ش و دیگران، ۱۳۸۱، ص ۴۴۹).

در لغت‌نامه دهخدا مضاربه به معنای تجارت کردن در مال کسی به اینکه بهره‌ای از سود وی را باشد آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵۴).

در خصوص مفهوم اصطلاحی عقد مضاربه، تعاریف مختلفی آمده است اما شهید اول آن را بدین گونه تعریف نموده است:

در فقه، مضاربه این چنین تعریف شده است که شخصی مالی را به دیگری می‌دهد تا با آن کار کند و در برابر کار خود سهم معینی از سود آن را بردارد (شهید اول، ۱۳۷۳، ص ۳۰۵).

۱-۷-۳ عقد مباحه

مباحه یکی از عقود اسلامی است و عبارتست از «فروش کالا به بهای معلوم به مشتری، به ترتیبی که تمام یا قسمتی از بهای کالا به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین دریافت شود».

مباحه یکی از ابزارهای تأمین مالی اسلامی است و برای تأمین مالی تولید، سرمایه در گردش واحدهای صنعتی، کشاورزی و معدنی است. همچنین این عقد برای حمایت از بازار سرمایه، انتشار اوراق صکوک و تأمین مسکن مورد استفاده قرار می‌گیرد. (آخرین بازدید ۱۳۹۷/۱/۱۰ <http://www.hesabank.com>)

فصل ۲:

مبانی نظری و پیشینه پژوهش

۲-۱ تعریف، تاریخچه و ماهیت حقوقی مضاربه

در این بخش به تعریف عقد مضاربه، تاریخچه و ماهیت حقوقی آن پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱ تعریف مضاربه

مضاربه کلمه‌ای عربی و بر وزن مفاعله است. ریشه این لغت «ض - ر - ب» و در معانی مختلف: (۱) زدن، (۲) تصرف و تبدیل و تعویض، (۳) مسافرت کردن، درنوردیدن و (۴) آمیختن و شریک شدن به کار رفته است (فرزین و ش و دیگران، ۱۳۸۱، ص ۴۴۹).

در لغت‌نامه دهخدا مضاربه به معنای تجارت کردن در مال کسی به اینکه بهره‌ای از سود وی را باشد آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵۴).

در خصوص مفهوم اصطلاحی عقد مضاربه، تعاریف مختلفی آمده است که چند مورد آن بیان می‌شود:

در فقه، مضاربه این چنین تعریف شده است که شخصی مالی را به دیگری می‌دهد تا با آن کار کند و در برابر کار خود سهم معینی از سود آن را بردارد (شهید اول، ۱۳۷۳، ص ۳۰۵).

در خصوص تعریف این عقد بین فقها تقریباً هیچ اختلاف نظری وجود ندارد و فقیهان اهل سنت نیز در تعریف عقد مضاربه گفته‌اند: مضاربه عبارت از عقدی است که در آن مالک مالی، بخشی از مال خود را به عامل می‌دهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل از آن برحسب شرایط مقرر در عقد میان آن‌ها تقسیم می‌شود اما اگر ضرر کرد، طبیعتاً متوجه صاحب سرمایه خواهد بود و نمی‌توان هیچ بخشی از زیان را متوجه عامل دانست. چرا که او در واقع به موجب آن که از کار خویش هیچ حاصلی به دست نیاورده به اندازه کافی متحمل ضرر شده است (به نقل از انصاری و طاهری، ۱۳۸۶، ص ۱۸۶۴).

برخی نیز مضاربه در فقه اسلامی را این چنین تعریف کرده‌اند «توافقی است میان دو طرف، یکی با در اختیار گذاردن پول و دیگری با تلاش و فعالیت خود و هر آنچه که برای به کار بردن این پول دارد بر این اساس که سود به صورتی که توافق می‌کنند، میانشان تقسیم شود و اگر شرکت سودی نداشت جز سرمایه، چون به صاحب مال تعلق نمی‌گیرد و تلاش و کوشش عامل و زحمات وی نیز به هدر می‌رود ولی اگر شرکت زیان داد این زیان تنها متوجه صاحب مال است و عامل مادام که خیانتی نکرده و کوتاهی نورزیده باشد، چیزی از آن را متحمل نمی‌شود» (امین، ۱۳۶۷، ص ۲۶۷).

اگر در عقد مضاربه شرط شود که سود مشترک بین عامل و مالک باشد، مضاربه است و چنانچه شرط کنند، فایده مخصوص عامل باشد و صاحب پول در فایده حقی نداشته باشد، عنوان قرض دارد و هرگاه شرط شود سود فقط برای مالک باشد و یا شرطی نشود و مسکوت گذارند، در اصطلاح فقها آن را بضاعت گویند (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ص ۴۹۹).

برخی از فقهای معاصر عقیده دارند: «مضاربه عقدی است که بین دو نفر واقع می‌شود و بر این اساس که سرمایه‌ی تجارت از یکی از آنها و کار از دیگری باشد و اگر سودی پیدا شود بین هر دو باشد و اگر تمام سود برای مالک قرار داده شود به آن «بضاعه» گفته می‌شود». (موسوی خمینی، ۱۳۸۸، ص ۵۵۳).

عده‌ای نیز معتقدند: مضاربه، عقدی است که به موجب آن یک طرف (مالک) سرمایه‌ای در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد تا در سود معامله‌ای که می‌کند، شریک باشند. شریک در سود، ناشی از شرکت در سرمایه نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۹).

به تعبیر برخی، مضاربه یعنی تعهد شخصی به تجارت با سرمایه طرف دیگر، جهت اکتساب سود مشترک، بنابراین مضاربه از این جهت که یک طرف سرمایه می‌دهد و طرف دیگر، تعهد به تجارت با آن می‌کند تا در سود حاصله شریک باشند، در زمره عقود مشارکتی قرار گرفته است (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۴۳).

برخی دیگر نیز معتقدند: «مضاربه، عقدی است که تشریح شده است برای اینکه شخص به سرمایه دیگری در مقابل حصه‌ای از ربح آن، مشغول تجارت شود» (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۳۷).

قانون مدنی در ماده ۵۴۶ عقد مضاربه را چنین تعریف کرده است: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد، با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود».

بنابراین، مضاربه پیمانی است که در نوع خاصی از شرکت تجاری بین صاحب سرمایه و عامل او ایجاد می‌شود؛ شرکتی که در آن یکی از شرکا سرمایه را می‌دهد و دیگری خدمات و کارآیی خود را به میان می‌نهد. شرکت مذکور از شخصیت حقوقی بی بهره است و همه‌ی داد و ستدها به نام عامل و به وسیله‌ی او انجام می‌شود، ولی نتیجه معامله به صاحب سرمایه می‌رسد، زیرا مالک است که زیان‌ها را برعهده می‌گیرد و تعهدات مالی و پیمان‌های عامل را از دارایی خود اجرا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۰۵). و منظور از معاملات تجاری که عامل انجام می‌دهد آن دسته از معاملاتی است که در قانون تجارت به آن پرداخته شده است.

۲-۱-۲ تاریخچه مضاربه

در عربستان قبل از اسلام، مضاربه نیز در میان مردم با همین نام رواج داشت. بدینگونه که یک نفر سرمایه خود را به دیگری می داد تا با آن به تجارت بپردازد و سود آن را بین خود تقسیم می کردند و خسارت احتمالی هم متوجه صاحب مال می شد (بهمنی، ۱۳۷۹، ص ۲۷).

مضاربه از عهد پیامبر اکرم (ص) تا به امروز، مشروعیت داشته و دارد و آیات و روایات زیادی به این موضوع اختصاص داده شده است. پیامبر خدا (ص) هنگامی مبعوث شد که مردم به صورت مضاربه با یکدیگر معامله می کردند و آن را نفی نفرمود که این خود نوعی تقیر است و تقیر معصوم از جمله وجوه سنت بوده و حجت است (امین، ۱۳۶۷، ص ۲۶۸).

بنابراین عقد مضاربه، معامله ای است امضائی نه تأسیسی و شارع این نوع معامله را که قبل از اسلام هم رایج بوده به رسمیت شناخته و آن را تأیید فرموده است (خسروشاهی، شماره هشتم، ص ۸۷).

همانطور که در قبلا نیز بیان شد، در منابع معتبر فقهی نیز عقد مضاربه پذیرفته شده و از آنجا وارد قانون مدنی شده و حقوقدانان نیز این عقد را مورد بررسی قرار داده اند.

۲-۱-۳ ماهیت حقوقی مضاربه

این بحث در ماهیت عرفی مضاربه مطرح است که آیا مضاربه ماهیتی مستقل دارد یا ماهیتی مرکب دارد که از ترکیب چند عقد به وجود آمده است؟

برخی معتقدند که مضاربه از سه عقد وکالت، ودیعه و شرکت تشکیل شده است. زیرا از این جهت که سرمایه در دست تاجر امانت است، ودیعه می باشد و از سویی صاحب سرمایه به عامل وکالت می دهد تا به حساب او تجارت کند و از این جهت که سود حاصله مشاعاً به تاجر و سرمایه دار تعلق می گیرد، شرکت است. پس مضاربه عقدی مرکب از شرکت، ودیعه و وکالت است. برخی حقوقدانان در این زمینه گفته اند: «عقد مضاربه عمل حقوقی ویژه ای است که از ترکیب چندین عقد به وجود آمده است و مانند بیع یا وکالت ماهیت حقوقی مستقلی ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸). عده ای دیگر از حقوقدانان نیز، مضاربه را ترکیبی از سه عقد وکالت، ودیعه و شرکت می دانند (امامی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۱؛ حائری شاه باغ ۱۳۸۲، ص ۴۴۹؛ فرزین وش و دیگران، ۱۳۸۱، ص ۴۳۵).

برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که، عقد، موجود و ماهیتی اعتباری است و نمی تواند مرکب باشد. بنابراین مضاربه ماهیت اعتباری و مستقل است که در بعضی از احکام و شرایط با عقد دیگری مشترک می باشد ولی با