

بررسی ماهیت و نقد عقود مضاربه در بانکداری ایران با تکیه بر فقه اسلامی

وحید حیدری ترکمانی^۱، بهرام دهقان^۲، بهرام قلی پور دانش^۳

^۱ دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت الله آملی

^۲ استادیار گروه زبان و ادبیات عربی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کهنوج

^۳ دانش آموخته جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد واحد آیت الله آملی

چکیده

به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی ایران مضاربه عقدی می باشد که در آن یکی از طرفین عقد مسئول تهیه سرمایه است با این شرط که طرف دیگر عقد با این سرمایه تجارت نماید. همچنین دو طرف عقد در سود این عقد شریک می باشند. صاحب سرمایه، مالک و شخص عامل مضارب نام دارد. هدف از انجام این تحقیق بررسی ماهیت و نقد عقود مضاربه در بانکداری ایران با تکیه بر فقه اسلامی می باشد. روشی که برای این تحقیق انتخاب شد روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه ای (بررسی اسنادی) می باشد. محقق با مطالعه کتابخانه ای، منابع مکتوب اعم از مقاله ها، کتاب ها، پایان نامه ها و تحقیقات مرتبط با موضوع را شناسایی و داده های لازم را جمع آوری می کند سپس از بخش های مرتبط فیش برداری نموده و در نهایت در ساختار کلی از آن استفاده می شود. تجزیه و تحلیل این تحقیق به صورت فیش برداری می باشد. نتایج تحقیق نشان می دهد که نظام بانکی کنونی ایران با چالش های عمیقی در تطابق با آموزه های اسلامی مواجه است. تغییر ماهیت عقود اسلامی که نمونه ای از این چالش ها است ضرورت بازنگری عمیق در ساختار، عملکرد و رویکردهای این نظام را به وضوح نشان می دهد. گذار به سوی بانکداری اسلامی نیازمند تحولات بنیادین در سطوح مختلف از جمله قوانین و مقررات، آموزش و تخصص نیروی انسانی و فرهنگ سازی و ارتقای آگاهی عمومی است. با اتخاذ این رویکرد جامع می توان امیدوار بود که نظام بانکی ایران به رسالت واقعی خود در راستای تحقق اهداف اقتصادی و عدالت اجتماعی در چارچوب آموزه های اسلامی دست یابد.

کلیدواژه ها: عقود مضاربه ای، نقد عقود مضاربه ای، بانکداری ایران در فقه.

مقدمه

الگوی اجرا شده بانکداری اسلامی در ایران که تحت عنوان بانکداری بدون ربا عملیاتی شده که شامل دستورالعمل ها و قواعد اجرایی برای انجام عملیات و معاملات اسلامی و غیرربوی در کلیه بانک های کشور می باشد. در این قانون که کاملاً منطبق با موازین اسلامی است عقود ارائه شده که در صورت انجام آن ها به صورت واقعی توسط بانک ها، شاهد اقتصادی سالم و کاملاً اسلامی و به دور از هر گونه استثمار خواهیم بود. از جمله این عقود می توان به عقد مضاربه اشاره کرد. به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی ایران مضاربه عقدی می باشد که در آن یکی از طرفین عقد مسئول تهیه سرمایه است با این شرط که طرف دیگر عقد با این سرمایه تجارت نماید. همچنین دو طرف عقد در سود این عقد شریک می باشند. صاحب سرمایه، مالک و شخص عامل مضارب نام دارد (ابراهیمی، ۱۳۷۷: ص ۲۶۹). با توضیح بیشتر عقد مضاربه از قراردادی که میان دو فرد منعقد می گردد و بر اساس آن این دو فرد در یک عمل با هم شریک می گردند به گونه ای که مخارج مورد احتیاج برای این عمل توسط مالک تهیه می شود و مضارب انجام عمل را عهده دار می گردد. مضارب با سرمایه ای که از مالک گرفته است تجارت می نماید و سود به دست آمده از تجارت میان آن دو براساس قرارداد فی ما بین آن ها تقسیم می گردد. از منظر فقه نیز مضاربه قراردادی است که در آن شخصی که مالک نام دارد مالی به فرد دیگر که عامل نام دارد می دهد تا با آن مال کار تجاری انجام دهد و سود حاصل از این عمل میان آن دو نفر تقسیم می گردد. به بیانی دیگر عقدی است مضاربه که میان دو فرد واقع می گردد و مال از یک نفر و کار از نفر دیگر است و سود به دست آمده میان این دو فرد تقسیم می گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ص ۱۳۶). مضاربه احکام و شرایطی دارد که به تفصیل در کتب فقهی آمده است. بدون اطلاع از برخی از آن ها شناخت خوبی از مضاربه حاصل نخواهد شد. از آنجا که نظر تمام فقها در همه این احکام و شرایط یکسان نیست نظر اکثریت را در ذکر مطالب مالک قرار می دهیم. باید توجه کرد که هر کالایی را نمی توان سرمایه مضاربه قرار داد. حاصل از مضاربه هم دو شرط مهم دارد. یکی معین بودن سهم هر یک از طرفین و دیگری تعیین سهم به صورت کسر و درصدی از سود می باشد. هدف از انجام این تحقیق بررسی ماهیت و نقد عقود مضاربه در بانکداری ایران با تکیه بر فقه اسلامی می باشد. اهرن (۱۳۹۸) در تحقیقی بیان داشت که مضاربه مشتق است از ضرب در ارض یعنی راه رفتن و سفر کردن در زمین بدین لحاظ که در مضاربه شخص عامل به منظور تجارت و تحصیل ربح به مسافرت مبادرت می نماید و چون سفر به سرمایه مالک و اقدام عامل انجام می گیرد یعنی هر یک از آن ها در این عمل مدخلیت و تاثیر دارند بدین جهت معنی معامله (مضاربه) تحقق دارد. از مضاربه به قراض نیز تعبیر شده است و لفظ قراض مأخوذ است. از قرض یعنی قطع و جدا نمودن بدین لحاظ که گویی صاحب مال قطعه ای از مال خویش را جدا می کند و به عامل می دهد و یا قطعه ای از ربع را جدا ساخته و در مقابل عمل به وی می دهد. بدین ترتیب مضاربه یا قراض این است که شخص مالی را به دیگری دهد تا با آن تجارت نماید و در مقابل حصه ای از ربع مانند نصف یا ثلث مثلاً از آن وی باشد و به عبارت دیگر مضاربه عقدی است شرعی که غرض از آن تجارت انسان به مال غیر دیگری است و ربع مشترک می باشد مالک یا صاحب مال را مقارض (مضارب) می گویند و عامل را مقارض و نیز مضارب می نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ص ۲۳۰). در این تحقیق ارکان عقد مضاربه یعنی سرمایه، کارعامل و سود در فقه امامیه، فقه عامه و حقوق مدنی ایران بررسی شده اند. نتایج حاصل عبارت است از سرمایه باید وجه نقد باشد و مضاربه با کالا باطل است. از شرایط اساسی عقد مضاربه، معلوم و معین بودن سرمایه مضاربه است البته جهلی که سرانجام منجر به علم شود مفسد عقد نیست. عامل باید با سرمایه ای که صاحب آن در اختیار وی می گذارد تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجاری باید به قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ رجوع کرد و مفاد ماده ۲ آن را در نظر داشت. عامل چون در حکم امین محسوب می شود باید به طور متعارف عمل کند والا ضامن خواهد بود (اسدیگی، ۱۴۰۱: ص ۱۲۳). سود باید به نحو مشاع مشخص شود و در غیر این صورت شرط و عقد باطل است. فرضیه این تحقیق بیان می دارد که به نظر می رسد در قانون مدنی ایران مضاربه صرفاً نوعی التزام و تعهد خوانده شده است. این اختلاف نظر ناشی از تعاریفی است که از ماهیت های حقوقی مابین حقوقدانان و فقها وجود دارد سرچشمه می گیرد و به همین خاطر است که علوم انسانی دارای پویایی و رشد همه روزه می باشد. امروزه بانکداری یکی از مهمترین بخش های نظام

مالی به شمارمی آید. بانک ها با سازماندهی و هدایت دریافت ها و پرداخت ها امر مبادلات تجاری و بازرگانی و خدماتی را تسهیل کرده و موجب گسترش بازارها و رشد و شکوفایی اقتصادی می گردند. بنابراین نظام بانکداری در کشور اهمیت انکارناپذیر و ویژه ای دارد. در بانکداری متعارف به تمام نیازها اعم از نیازهای مصرفی یا سرمایه گذاری از طریق وام بابت بهره پاسخ داده می شود (افشاری پور، ۱۴۰۲: ص ۱۲). با توجه به اشکالات و شبهاتی که عملاً و نه در تئوری در قراردادهای بانکی وجود دارد گر چه در قوانین ما مشکلی ندارد اما بعضی بخشنامه ها و دستورالعمل های رایج عملکرد مشتریان و کارمندان بانک را تحت الشعاع قرار می دهد لذا ضرورت بحث در این زمینه حس می شود.

بدنه اصلی

بانک مرکزی

مهمترین بانک در سلسله مراتب بانکی بانک مرکزی است. معمولاً مهمترین عملیات بانکی ازجمله مسائل مربوط به پول و انتشار آن حفظ ارزش پول ملی کشور و نظارت بر عملیات سایر بانک ها و موسسات مالی و اعتباری به عهده بانک مرکزی است. در فرانسه بانک دو فرانس که سرمایه آن متعلق به دولت فرانسه است و به بانک مرکزی مشهور است. در انگلستان بانک انگلستان که به بانک مرکزی معروف است به عنوان بانک مرکزی به فعالیت مشغول هستند. آمریکا نیز سازمان بانک مرکزی فدرال رزرو مرکب از ۱۲ بانک فدرال رزرو است و در سال ۱۹۱۳ به وجود آمده است (تفرشی، ۱۳۷۷: ص ۲۳۱). هر کدام از فدرال رزورها در ناحیه ای از آن کشور فعالیت دارند و نشر اسکناس هر ناحیه به عهده فدرال رزرو همان ناحیه است. غیر از بانک مرکزی در همه کشورها تعدادی بانک وجود دارد که با توجه به حوزه فعالیت آن ها به بانک های تجاری و بانک های تخصصی تقسیم می شوند. بانک های تجاری به اقدامات و عملیات بانکی اقدام می نمایند ولی در مقابل بانک های تخصصی فقط در زمینه تخصصی مربوط به خود اقدام به فعالیت می کنند. بانک های تخصصی را در ایران با توجه به زمینه های فعالیت آن ها می توان به چهار دسته تقسیم کرد که شامل بانک های صنعتی که به امر سرمایه گذاری و دادن تسهیلات به طرح های صنعتی و معدنی اشتغال دارند و در حال حاضر بانک صنعت و معدن در این زمینه فعالیت دارد و بانک های کشاورزی که زمینه تخصصی آن کشاورزی است و بانک کشاورزی در این زمینه فعال است. به علاوه بانک های رهنی که به امر سرمایه گذاری در امر ساخت و ساز مسکن و دادن وام و اعتبار در این زمینه می پردازند و فعلاً بانک مسکن در این مورد فعالیت دارد (رحمانی نیا، ۱۳۹۸: ص ۵۴). همچنین بانک های تعاونی که برای توسعه و تقویت تعاون و شرکت های تعاونی و رفع احتیاجات اعضاء از طریق پرداخت وام با بهره کم ایجاد می گردد چنین بانکی هنوز در ایران فعال نشده است ولی در خصوص تاسیس بانک تعاون از طریق سرمایه گذاری افراد صحبت هایی شده است و حتی مدتی قبل لایحه ی تاسیس چنین بانکی به مجلس شورای اسلامی داده شد ولی هنوز زمینه تشکیل آن فراهم نشده است. علاوه بر بانک ها معمولاً موسسات دیگری در بسیاری از کشورها فعالیت بانکی دارند. در این زمینه می توان به موسسات پس انداز و صندوق های قرض الحسنه اشاره کرد. همچنین در چند سال اخیر و در پی فعال شدن پست این سازمان نیز اقدام به انجام برخی فعالیت های بانکی از طریق پست بانک کرده است. هر چند بانک های تخصصی برای فعالیت در زمینه خاصی تاسیس می شوند اما بانک های تخصصی در حال حاضر در ایران علاوه بر زمینه فعالیت تخصصی خود جهت کسب درآمد بیشتر و جلب مشتری با اجازه سیستم بانکی اقدام به فعالیت های غیر تخصصی می نماید (رحمانی، ۱۴۰۱: ص ۳۲).

مقررات بانکی در ایران

قانونگذاری بانکی در ایران دیرتر از تاسیس بانک آغاز گردید. البته اصل پنجاه متمم قانون اساسی مشروطیت در مورد حق ضرب سکه مقرر کرده بود حق ضرب سکه با موافقت قانون بنام پادشاه است. مجلس شورای ملی نیز اعلان تشکیل بانک ملی را در سال ۱۲۸۵ منتشر کرد که البته عملی نگردید. اما قانون به معنای خاص آن دیرتر تصویب شد (فقیه، ۱۳۹۹: ص ۷۴). در تیر ماه سال ۱۳۲۵ دولت وقت تصویب نامه ای در مورد فعالیت بانک ها و موسسات اعتباری صادر کرد که حاوی مقرراتی در مورد فعالیت بانک ها و موسسات مالی بود و در آذر ماه همان سال تصویب گردید. در سال ۱۳۲۷ نخستین طرح قانون بانکداری توسط بانک ملی ایران تهیه شد ولی به تصویب نرسید و در اسفند همان سال مقرراتی ناظر بر فعالیت بانک های خارجی و سپرده های اشخاص و موسسات دیگر نزد آن ها تصویب شد. در سال ۱۳۳۲ هیأت دولت لایحه ای را در مورد بانکداری تهیه کرد که پس از اصلاحاتی در ۵ تیر ماه سال ۱۳۳۴ تحت عنوان قانون بانکداری توسط کمیسیون های مشترک مجلسین تصویب گردید. این قانون خلا فقدان قانون بانکداری را در ایران برطرف کرد و به وضعیت آشفته فعالیت های بانکی که مبتنی بر تصویب نامه ها و بخشنامه های گوناگون و مقررات کلی قانون مدنی و قانون تجارت و حتی سلیقه های فردی مدیران و مسئولین بود پایان بخشید. قانون مذکور دارای ۴۸ ماده و در پنج فصل تصویب شده بود و شامل مباحث تاسیس بانک، سرمایه و اندوخته، حدود عملیات بانک ها، هیأت نظارت بر بانک ها و مقررات متفرقه و نیز مقررات مربوط به انحلال بانک ها بود (کاظمی، ۱۴۰۲: ص ۷۳).

مُضاربَه

مُضاربَه یا قِراض قراردادی که در آن کسی با سرمایه دیگری تجارت می کند. سود معامله به مقدار درصدی که هنگام قرارداد معین شده میان طرفین تقسیم می گردد. بر خلاف قرض که در آن سود متعلق به یک طرف است. در فقه برای مضاربَه احکامی وجود دارد. به گفته برخی مضاربَه پیش از اسلام نیز رواج داشته است. مضاربَه در اصطلاح فقها عبارت است از عقدی که به موجب آن شخصی با سرمایه شخص دیگر به تجارت می پردازد و سود حاصل از آن میان آن ها تقسیم می گردد (میرانی، ۱۴۰۲: ص ۱۴). امام خمینی در تحریرالوسیله در تعریف آن می نویسد «و تسمی قِراضاً و هی عقد واقع بین شخصین علی ان یکون راس المال فی التجاره من احدهما و العمل من الاخر و لو حصل ربح یکون بینهما و لو جعل تمام الربح للمالك یقال له: البضاعة» و (قراض) نامیده می شود و آن عقدی است که بین دو نفر واقع می شود براین اساس که سرمایه تجارت از یکی از آن ها و کار از دیگری باشد و اگر سودی پیدا شود بین هر دو مشترک باشد و اگر تمام سود برای مالک قرار داده شود به آن (بضاعه) گفته می شود و ظاهراً معاطات و فضولی در مضاربَه جاری می شود پس با معاطات صحیح است و اگر از طرف مالک یا عامل به صورت فضولی واقع شود با اجازه آن ها صحیح می شود. مضاربَه احکام و شرایطی دارد که به تفصیل در کتب فقهی آمده است. بدون اطلاع از برخی از آن ها شناخت خوبی از مضاربَه حاصل نخواهد شد. از آنجا که نظر تمام فقهاء در همه این احکام و شرایط یکسان نیست نظر اکثریت را در ذکر مطالب مالک قرار می دهیم. باید توجه کرد که هر کالایی را نمی توان سرمایه مضاربَه قرار داد (نوروزی، ۱۴۰۱: ص ۱۱۲). سرمایه باید سکه طلا و نقره های که بتوان با آن ها خرید و فروشی کرد (درهم و دینار) یا پول رایج بلد باشد. مقدار آن هم باید مشخص باشد. سود حاصل از مضاربَه هم دو شرط مهم دارد. یکی معین بودن سهم هر یک از طرفین و دیگری تعیین سهم به صورت کسر و درصدی از سود مثلاً سهم هر یک نصف سود باشد یا سهم یکی یک سوم و سهم دیگری دو سوم سود. شرط مهم دیگر نحوه معامله است. عامل باید با سرمایه مضاربَه خرید و فروش کند و نمی تواند به دیگر فعالیت های اقتصادی مثل زراعت و ساختمان سازی بپردازد. برای پرداختن به فعالیت های دیگر اقتصادی مانند کارهای تولیدی یا حمل و نقل می توان از سایر قرار دادهای نظیر اجاره، جعاله، شرکت، مزارعه بهره جست. کار اقتصادی در مضاربَه منحصر به خرید و فروش است. امام خمینی در این باره می نویسد شرط است که استرباح (طلب نمودن سود) به واسطه تجارت باشد پس اگر مالی را به کشاورز بدهد تا آن را در زراعت مصرف کند و حاصل آن بین آن دو مشترک باشد یا

مالی را به صنعت کار بدهد تا در حرفه اش مصرف کند و فایده بین آن دو مشترک باشد صحیح نیست و مضاربه نمی‌باشد (وکیلی، ۱۴۰۲: ص ۳۹).

احکام مضاربه

۱- مضاربه یک قرارداد دو طرفه است و نیاز به ایجاب و قبول دارد

۲- مضاربه از هر دو طرف جایز است. طرفین مضاربه هر وقت بخواهند می‌توانند مضاربه را به هم بزنند

۳- اگر مضاربه ضرر بدهد یا اصل سرمایه خسارت ببیند و عامل مقصر نباشد خسارت و ضرر بر عهده عامل نیست اما اگر بعد از آن سودی حاصل شود ابتدا خسارت ها جبران می‌شود و اگر چیزی از سود باقی ماند تقسیم می‌شود

۴- اگر مالک و عامل بعد از این که در قرارداد سودشان را به صورت درصد مشخص کردند قرار بگذارند که عامل ماهیانه مقدار مشخصی از سود را به صورت علی الحساب به مالک بدهد تا در پایان مضاربه یا بعد از مثلاً یک سال سود دقیق محاسبه شود اشکال ندارد. بعد از محاسبه سود می‌توانند میزان کسری یا اضافی را جبران کرده یا این که نسبت به آن مصالحه کنند و چیزی اضافه از یکدیگر نگیرند (نقوی، ۱۳۹۹: ص ۶۵).

۵- اگر بعد از حصول سود معلوم شود مضاربه باطل بوده است در این صورت تمام سودی که از سرمایه حاصل شده متعلق به صاحب سرمایه (مالک) است و مالک باید اجرت المثل کاری را که عامل انجام داده است به او بپردازد.

موضوع عقد مضاربه

فقیهان برای موضوع عقد مضاربه ویژگی هایی را ذکر کرده اند که شامل عین بودن یکی از شرایط مال المضاربه عین بودن آن است. از این رو دین قرار دادن مال المضاربه درست نیست. هم چنین به اجماع فقیهان تنها در هم و دینار موضوع عقد مضاربه قرار می‌گیرد و آن گونه که برخی فقیهان نقل کرده اند غیر از اجماع دلیل دیگری بر این امر وجود ندارد. البته برخی از فقهای معاصر از درهم و دینار الغای خصوصیت کرده اند و آن را در هر نقد رایجی صحیح می‌دانند و اظهار می‌دارند از عبارت خلاف و غنیه چنین بر می‌آید که اجماعی که در مسئله هست بر صحت مضاربه با درهم و دینار اقامه شده است نه بر عدم صحت آن با غیر درهم و دینار. به دست آوردن سود باید از طریق تجارت باشد و فقیهان در فرضی که تحصیل سود از طریقی غیر از تجارت مثلاً از طریق زراعت باشد اشکال کرده اند (الصفی، ۱۳۸۸: ص ۲۳۶). چرا که آنچه از ادله مضاربه به دست می‌آید عنوان تجارت است به همین دلیل برخی بیان می‌کنند در صورتی که غیر تجارت را بر اساس عمومات درست بدانیم در عنوان مضاربه داخل نخواهد بود. ظاهر عنوان تجارت در کلمات این گروه از فقیهان خرید و فروش با مال المضاربه است. به نظر می‌رسد در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز از نظر فقها تبعیت شده و حوزه فعالیت عامل در مضاربه را به خرید و فروش و امور بازرگانی محدود کرده است چرا که سیاق مواد قانون عملیات بانکی بدون ربا خرید و فروش را به ذهن متبادر می‌کنند. ماده ۹ قانون مذکور مقرر می‌دارد که بانک ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چارچوب سیاست های بازرگانی دولت منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی های قانونی قرار دهند. هم چنین ماده ۳۶ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر کرده است که مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند (رنجبر، ۱۳۹۷: ص ۵۶). ما برخی حقوقدانان پا را فراتر گذاشته اند و سخن دیگری گفته اند به این مضمون به موجب ماده ۵۴۶ قانون مدنی عامل باید با سرمایه ای که صاحب آن (مالک) در اختیار او می‌گذارد تجارت کند برای شناسایی اعمال تجارتي علاوه بر آنچه تا زمان تصویب قانون تجارت در عرف عمل تجاری

محسوب می شده است می توان به قانون تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را در نظر داشت. بنابراین هرگاه شخصی به منظور تأسیس و به کار انداختن کارخانه ای به دیگری سرمایه بدهد (بند ۴ ماده ۲ ق.ت) و قرار بگذارند که در برابر خدمات مربوط به اداره کارخانه سود حاصل را بین خود تقسیم کنند. این پیمان تابع قواعد مضاربه خواهد بود. به نظر می رسد این سخن در مقابل کلام فقیهان طرح جدیدی است که عملیات تجاری را از خرید و فروش به عملیات تجاری ماده ۲ قانون تجارت تسری می دهد. چیزی که در نگاه اول از این کلام به دست می آید مسامحه واضحی است که در آن وجود دارد چراکه اگر بخواهیم قائل به تعمیم تجارت شویم اولاً هیچ دلیلی بر تعمیم آن به این چند مورد وجود ندارد. ثانیاً عنوانی که در ماده ۵۴۶ ق.م. به کار رفته ناظر به پیشینه تاریخی بحث در کتابهای فقهی است نه ناظر به ماده ۲ قانون تجارت چرا که قانون تجارت بعد از قانون مدنی تصویب شده است. ثالثاً اگر بخواهیم مراد را ماده ۲ قانون تجارت بگیریم باید برخی از موارد را که بر اساس مبانی قطعاً موضوع مضاربه قرار می گیرد از شمول آن خارج بدانیم (ریاحی، ۱۳۹۸: ص ۲۵).

تعریف مضاربه در نظام بانکی

در دستورالعمل اجرایی مضاربه مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تامین سرمایه (نقدی) می گردد با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله هر دو طرف شریک باشند و در ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا چنین آمده است که بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چارچوب سیاست های بازرگانی دولت، منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان قرار دهند. بانک ها به عنوان وکیل از طرف سپرده گذاران سپرده های آن ها را از طریق عقود شرعی در طرح های سودآور به کار می گیرند. نیاز برای تجارت را در اختیار اشخاص قرار می دهند. در واقع بانک ها به عنوان تامین کننده سرمایه مبلغ مورد نیاز برای تجارت را در اختیار اشخاص قرار می دهند (شریفیان، ۱۳۷۶: ص ۱۳۸).

اصول حاکم بر مضاربه از منظر حقوق ایران

در این مبحث به تعریف ویژگی ها، ارکان و انواع عقد مضاربه از منظر حقوق ایران بررسی می شود هم چنین مضاربه بانکی و اوراق مضاربه به تفصیل تحلیل می شود. مضاربه در اصطلاح فقها عبارت است از عقدی که به موجب آن شخصی با سرمایه شخص دیگر به تجارت می پردازد و سود حاصل از آن میان آن ها تقسیم می گردد. امام خمینی در تحریرالوسیله در تعریف آن می نویسد «و تسمی قراضاً، و هی عقد واقع بین شخصین علی ان یکون راس المال فی التجاره من احدهما و العمل من الآخر و لو حصل ربح یکون بینهما و لو جعل تمام الربح للمالك یقال له: البضاعة» و قراض نامیده می شو. و آن عقدی است که بین دو نفر واقع می شود براین اساس که سرمایه تجارت از یکی از آن ها و کار از دیگری باشد و اگر سودی پیدا شود بین هر دو مشترک باشد و اگر تمام سود برای مالک قرار داده شود به آن بضاعه گفته می شود (فقیه، ۱۳۹۷: ص ۳۹۷). و ظاهراً معاطات و فضولی در مضاربه جاری می شود پس با معاطات صحیح است و اگر از طرف مالک یا عامل به صورت فضولی واقع شود با اجازه آن ها صحیح می شود. در ماده ۵۴۶ قانون مدنی مقرر شده است مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می شود. عقد در اصطلاح حقوقدانان عبارت است از تراضی و توافق طرفین که در نتیجه آن یک رابطه حقوقی جدید به وجود می آید و یا رابطه حقوقی موجود را تغییر و یا به آن خاتمه می دهد. در حالی که در ایقاع اراده و قصد یک نفر کافی است و نیازی به توافق با دیگری ندارد. عقد جایزه عقدی است که هر یک از طرفین عقد هر وقت که بخواهد می تواند آن را فسخ نماید و در مقابل آن عقد لازم است که هیچ یک از متعاقدين طرفین عقد اختیار فسخ آن را علی الاصول ندارند. مضاربه در حقوق اسلامی از عقود جایز است و در این مساله هیچ گونه نظر مخالفی وجود ندارد و کلیه فقها به اتفاق معتقد به جواز عقد مضاربه می باشند (معاصر، ۱۴۰۰: ص ۲۹). ماده ۵۵۰ قانون مدنی به صراحت می گوید که مضاربه عقدی است جایز که این امر یعنی طرفین عقد هر زمان مایل بودند می توانند از آن رجوع و عقد را فسخ کنند بدون این که دلیلی برای فسخ وجود

داشته باشد. در حقیقت مضاربه از جمله عقود جایز اذنی است. آنچه مبنای این عقد را تشکیل می‌دهد اذن مالک به عامل برای تجارت روی سرمایه است و هرگاه این اذن برداشته شود مضاربه مبنایی نخواهد داشت و فسخ خواهد شد. مضاربه از سه عقد وکالت و دیعه و شرکت تشکیل شده است که هر سه آن‌ها از عقود جایزه می‌باشند (ابراهیمی، ۱۳۷۷: ص ۳۷۷). به این معنا که بانک به عامل وکالت می‌دهد تا به حساب او داد و ستد کند و اموالی را که لازمه تجارت است به و دیعه به او می‌سپارد و در سودی که به دست می‌آید با او شرکت می‌کند. به این ترتیب اگر شرط مخالفتی نباشد پیمان مضاربه هیچ کدام از آن دو طرف را پایبند نمی‌کند و هر وقت که بخواهند هر یک از مالک و عامل می‌توانند آن را بهم بزنند و مانند سایه عقود جایزه در صورت فوت یا جنون و سفه هر یک از متعاقبین عقد مضاربه خود به خود فسخ می‌گردد. در عقد مضاربه مال به مضارب تملیک نمی‌شود و وی هیچ حق عینی بر سهمی از سرمایه یا اموال مالک پیدا نمی‌کند. در نتیجه این پیمان تعهدهایی برای طرفین پدید می‌آید که با عمل به آن عامل ممکن است مالک بخشی از سود حاصل از کار خود شود. به همین لحاظ می‌توان گفت سرمایه گذار در قرارداد مضاربه با واگذاری سرمایه به عامل همچنان مالک سرمایه خویش باقی می‌ماند بنابراین مضاربه عقد عهده‌ای است نه تملیکی. از یک سو عامل خدمات خود را در اختیار مالک قرار می‌دهد و از سویی اگر سودی در نتیجه تجارت حاصل شود سهم مشاعی از آن را مالک می‌شود اما عوضی که عامل در برابر کار خود می‌گیرد جنبه احتمالی دارد یعنی قطعی نیست و به میزان نفع تجارت موکول است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ص ۸۴).

مضاربه در قرآن

آیات متعددی در قرآن کریم وجود دارد که به عنوان مستند عقد مضاربه از آن‌ها یاد شده است. از جمله آن‌ها آیات ذیل است.

آیه اول «فانتشروا فی الأرض وابتغوا من فضل الله» پس در روی زمین منتشر گردید و از فضل و کرم الهی جويا گردید.

آیه دوم «وإذا ضربتم فی الأرض» هنگامی که روی زمین جهت کسب روزی قدم زدید.

آیه سوم «وآخرین یضربون فی الأرض یبتغون من فضل الله» و آن دیگران در روی زمین گام می‌سپرنند و از فضل خدا جستجو می‌نمایند (اسدبیگی، ۱۴۰۱: ص ۱۴۱).

چون به عقیده برخی از فقها، مضاربه از مصدر ضرب است و معنای ضرب، پیمودن زمین است. لذا این آیه به عقیده ایشان به صراحت بر مضاربه دلالت می‌کند از جمله چون در این آیه شریفه فعل (یضربون) آمده و با مضاربه از یک ماده است و اشاره به روزی در سفر شده و از خصوصیات مضاربه روزی جستن در تجارت است چنین استفاده می‌شود که در این آیه اشاره به مضاربه شده است. فاضل مقداد از این آیه جواز مضاربه را استدلال نموده و بیان کرده اند که این آیه بر رجحان تکسب دلالت دارد و از آنجا که بیان می‌کنند در این آیه او فرق قائل نشده است که این تکسب با مال خود شخص باشد یا با مال دیگری (افشاری پور، ۱۴۰۲: ص ۱۳۲). لذا از دیدگاه ایشان آیه بر عموم تجارت اشاره دارد نه بر خصوص مضاربه و نیازی نیست برای مضاربه سفری انجام پذیرد. همین نظر را محقق مقدس اردبیلی (قدس سره) اختیار نمودند و گفته اند این آیات به طور عام بر مضاربه دلالت می‌کنند ولی بر بیع و تجارت به طور خاص دلالت می‌کنند. در تفسیر نمونه آمده است که خداوند متعال در این آیه یکی از دلایل تخفیف و عذر موجه در عبادات شبانه را سفر کردن برای به دست آوردن فضل الهی و کسب روزی می‌داند. در این آیه ذکر بیماری، مسافرت های ضروری و جهاد فی سبیل الله به عنوان سه مثال برای عذرهای موجه است ولی منحصر به این‌ها نیست منظور این است چون خداوند می‌داند انسان گرفتار مشکلات مختلف زندگی در روز خواهد شد و این مانع تداوم آن برنامه سنگین عبادات شبانه در دو سوم از شب یا نصف یا ثلث آن است به انسان تخفیف داده است (رحمانی نیا، ۱۳۹۸: ص ۴۳). همان طور که بیان شد در این آیه سه عذر مورد بحث است که یکی جنبه جسمانی دارد (بیماری) و دیگری جنبه مالی (مسافرت برای کسب و کار) و سومی جنبه دینی «جهاد فی سبیل الله». لذا بعضی گفته اند می‌توان از این آیه استفاده نمود که تلاش برای معاش هم ردیف جهاد فی سبیل الله است و این نشان می‌دهد که اسلام برای این موضوع اهمیت زیادی

قائل است چرا که اگر ملتی مسلمان فقیر و گرسنه و محتاج به بیگانه باشند در آن صورت هرگز به استقلال و عظمت و سربلندی دست نخواهد یافت لذا اصولاً جهاد اقتصادی بخشی از جهاد با دشمن است. در این زمینه جمله ای از عبد الله بن مسعود صحابی معروف نقل شده است که می گوید ایما رجل جلب شیئا الی مدینه من مدائن المسلمین، صابرا محتسبا، فباعه بسعر یومه، کان عند الله بمنزله الشهداء، ثم قرأ و آخرون یضربون فی الارض» هر کس متاعی را به یکی از شهرهای مسلمانان ببرد و زحمات خود را در این راه برای خدا محسوب دارد سپس آن را به قیمت عادلانه آن روز بفروشد چنین کسی در پیشگاه خدا به منزله شهیدان است سپس این جمله از آیه آخر سوره مزمل را به عنوان شاهد تلاوت کرد «و آخرون یضربون فی الارض» در تفسیر المیزان آمده است «در الدر المنثور» است که ابن مردویه از عبد الله بن مسعود روایت کرده که گفت رسول خدا (ص) فرمود هیچ کاسبی نیست که طعمی را از جایی به سوی شهری از شهرهای مسلمین وارد کند و آن کالا را به نرخ روز در آن شهر به فروش برساند مگر آنکه نزد خدا منزلت شهید را دارد آن گاه رسول خدا (ص) این آیه را تلاوت کردند «و آخرون یضربون فی الارض یتغون من فضل الله و آخرون یقاتلون فی سبیل الله» (رحمانی، ۱۴۰۱: ص ۱۵)

اوصاف عقد مضاربه

مضاربه عقدی تملیکی نیست به این معنا که در عقد مضاربه هیچ مالی به مضارب تملیک نمی شود و عامل حق عینی بر سهمی از سرمایه یا اموال مالک پیدا نمی کند. با ملاحظه مواد قانونی نیز کاملاً مبرهن است که در این عقد مالی به عامل تملیک نمی شود و آنچه که توسط مالک به عنوان سرمایه به عامل داده می شود امانت است و مالکیت مالک بر آن باقی است. ماده ۵۵۶ قانون مدنی در تایید این امر بیان می کند که مضارب در حکم امین است. همچنین با توجه به این که مالک همچنان صاحب مال است مبرهن است ضمان مال هم برای اوست (فقیه، ۱۳۹۹: ص ۹۸). البته در صورت تعدی و یا تفریط مطابق قواعد عام مضارب ضامن خواهد بود. در حالی که اگر مضارب مالک مال می گردید ضمان او دیگر متفرع بر تعدی و یا تفریط از ناحیه او نبود. لذا ماده ۵۵۶ قانون مدنی می گوید که ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی. از ماده ۵۵۷ قانون مدنی هم می توان پی به تملیکی نبودن عقد مضاربه برد چرا که در این ماده آمده است اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی شود. همچنین به نظر می رسد مقنن امانت و عدم ضمان مضارب را مقتضای ذات این عقد محسوب داشته و در ماده ۵۵۸ قانون مدنی می گوید که اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند. در تنظیم این مقرره نویسندگان تحت تاثیر مشهور فقهای امامیه شرط را فاسد و مفسد دانسته اند حال این که اولاً شرط ضمان مضارب شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است نه ذات آن. ثانیاً این حکم با ماده ۶۴۳ قانون مدنی در عاریه که می گوید که اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد ضامن این منقصت خواهد بود هم ناهماهنگ است زیرا مانند مضاربه اثر اصلی عاریه هم نیابت و امانت نمی باشد بلکه اثر اصلی عاریه استنباط برای انتفاع است و آنچه مسلم است اثر اصلی و مقتضای ذات هیچ یک از دو عقد فوق نیابت و امانت نیست (کاظمی، ۱۴۰۲: ص ۱۹). ثالثاً شرط ضمان مضارب خلاف شرع هم به نظر نمی رسد. لذا روشن است که کسی که مالی را داده همچنان مالک مال است و آنچه از نظر این ماده محل اشکال در عقد مضاربه است تعلق تمامی منافع به مالک است نه باقی ماندن مالکیت برای مالک که خود گواهی بر صحت موارد فوق می دهد. با توجه به مطالب فوق در نتیجه عقد مضاربه مالی به مضارب تملیک نمی شود لذا مضاربه تملیکی نیست. در خصوص اذنی یا عهدی بودن عقد مضاربه به نظر می رسد که قانون مدنی اذنی بودن عقد مضاربه را پذیرفته است چرا که به دو اثر مهم اذنی بودن عقد پایبند مانده است. از یک سو در ماده ۵۵۰ حکم به جایز بودن عقد مضاربه داده و از سوی دیگر در ماده ۵۵۱ فوت و حجر طرفین متعاقدين را موجب انفساخ عقد معرفی می کند. اما از نظر تحلیلی همان طور که بسیاری از صاحب نظران گفته اند باید مضاربه را عقدی عهدی دانست. دکتر لنگرودی بر این باور است که باید دو مرحله ذیل را از هم جدا کرد. یکی مرحله انعقاد عقد و دیگری مرحله اجرای عقد. عقد اذنی را باید در مرحله اول شناسایی کرد در این مرحله باید دید اذن دخالت دارد

یا نه. اذن مالک سرمایه مضاربه در قبض سرمایه هم دخالت در انعقاد عقد مضاربه دارد. لذا آن دسته از عقود که اذن در مرحله انعقاد ایفای نقش می‌کند باید اذنی محسوب شود حال این که اذن در مضاربه اذن در مرحله اجرای عقد است (میرانی، ۱۴۰۲: ص ۶۹). ایشان همچنین معتقدند که اذن مالک در مضاربه مانند اذن در عقد مزارعه و مساقات اذن خارج از عقد محسوب می‌شود و هیچ تفاوتی از این رو میان زمین و باغ که موضوع دو عقد فوق است با سرمایه که موضوع عقد مضاربه است نیست. مضافاً همان طور که گفته شد عقدی اذنی است که اثر اصلی اذن باشد نظیر عاریه اما مضاربه به هیچ وجه این گونه نیست اذن در آن راه دارد اما نه به عنوان اثر اصلی. هدف اصلی و مقتضای عقد مضاربه تعهد عامل در جهت رسیدن به سود حاصل از تجارت است و اذن و نیابت اثر فرعی مضاربه محسوب می‌شود. از این رو مضاربه قطعاً عقدی تملیکی نیست و از منظر قانون مدنی یک عقد اذنی است گرچه مقتضای تحلیل حقوقی از آن عهدی بودن آن را تقویت می‌کند. ماده ۵۵۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد مضاربه عقدی است جایز جواز عقد مضاربه با اذنی بودن عقد مضاربه که مورد پذیرش این قانون است سازگار است. اما به طور مسلم با نتیجه تحلیلی که در بحث قبل حاصل شد سازگار است بنابراین با عنایت به فقدان مبانی جواز در ما نحن فیه مقتضای منطق حقوقی برخلاف صریح قانون مدنی لزوم عقد است (نوروزی، ۱۴۰۱: ص ۷۶). زیرا اولاً همان طور که گفته شد مبانی جواز در عقد مضاربه دیده نمی‌شود. ثانیاً میان مضاربه با مزارعه که در ماده ۵۲۵ قانون مدنی لازم دانسته شده و مساقات که حکم مزارعه وفق ماده ۵۴۵ قانون مدنی در خصوص لزوم در آن هم جاری است نباید فرق نهاد. ثالثاً مضاربه عقدی مغایره ای است بدین معنا که طرفین عقد موقع انعقاد عقد سعی در به دست آوردن حداکثر منافع شخصی خود دارند بدون این که قصد اغماض و گذشت داشته باشند و از این رو ماهیت آن با لزوم سازگار است. عقد مضاربه را مرکب از عقود متعددی دانسته اند که امانت، وکالت در تصرف در مال امانتی، انجام معاملات تجاری و شرکت در منافع حاصله به قدر سهم مقرر در عقد. این اعمال حقوقی همگی در زمره ی عقود جایز هستند و شاید به همین علت مضاربه نیز جایز اعلام شده است. پس اگر طرفین شرط مخالفتی نکنند پیمان مضاربه هیچ یک از آن دو را پایبند نمی‌سازد و به موت و جنون و سفه عامل یا مالک نیز عقد منحل می‌شود (وکیلی، ۱۴۰۲: ص ۲۷).

نحوه اجرای عقد مضاربه در بانک های کشور

به موجب قانون عملیات بانکی بدون ربا، مجوز انعقاد مضاربه به همراه سایر عقود اسلامی به بانک ها داده شده است. دستورالعمل های اجرایی مربوطه هم نحوه انجام آن را از ابتدا تا انتها روشن نموده است. نمودار اجرایی مضاربه توسط بانک ها را می توان به این صورت ارائه نمود که برگشت اصل سرمایه و تملیک سهم مشاعی از سود پرداخت درصدی از سهم بانک به سپرده گذار سرمایه های راكد، توسط مالكان واقعی آن ها به بانک ها عرضه می شود. مالكان این كار را تحت عنوان سپرده مدت دار انجام می دهند. مالكان واقعی بانک ها را وكيل تام الاختیار خود می دانند و آن ها را مختار می کنند تا سرمایه آن ها را در عقود و معاملات اسلامی سودآور به كار گیرند. بانک هم سرمایه مضاربه را از سپرده های مدت دار تامین نموده و ضمن عقد مضاربه آن را در اختیار عامل قرار می دهد عامل نیز به تجارت پرداخته و با مهارت و تخصص و تجربه خود سود کسب می نماید (نقوی، ۱۳۹۹: ص ۴۱). سود حاصل هم با توجه به توافقات مندرج در عقد مضاربه بین بانک و عامل تقسیم شده و اصل سرمایه به بانک عودت داده می شود. بانک درصدی از سهم سود مالک شده خود را به سپرده گذار می دهد و بدین ترتیب سرمایه مضاربه پس از طی یک چرخه به صاحب اصلی باز می گردد و حاصل این چرخه همانا سود تحصیل شده است. نکته مهم این است که آنچه بانک ها امروز در قالب عقد مضاربه انجام می دهند، با آنچه که نص صریح قانون مدنظر دارد متفاوت است البته اختلاف در پاره ای از موارد جزئی و گاهی مهم است. امروز با وجود سه دهه بانکداری اسلامی و تجربه عملی، هنوز مضاربه به صورت کاملاً حقیقی و اسلامی انجام نمی شود و عملاً بانک ها در انعقاد و اجرای دقیق و صحیح عقد مضاربه ناتوان هستند. در عقد مضاربه سهم سود هر یک از طرفین می باید به نحو مشاع و به صورت نسبت یا در صدی از کل سود معامله تعیین و توافق گردد. بنا براین به هیچ وجه نمی توان مبلغ معینی از سود یا در صد معینی از سرمایه مضاربه را به عنوان سهم سود طرفین قرار داد (رنجبر، ۱۳۹۷: ص ۱۳۲). نکته قابل توجه این که مطابق ماده ۵۴۹ ق. م چنانچه سهم هر یک از مالک و

مضارب از سود حاصله در عرف منجزا معلوم باشد و طرفین نیز در رابطه با چگونگی تقسیم سود سکوت کرده باشند و این سکوت آن ها به منزله انصراف به عرف تلقی گردد در این صورت طبق معیار موجود در عرف سهم هر یک از طرفین نسبت به سود را تعیین می نمایند. به عبارت دیگر سکوت طرفین در واقع به منزله ذکر معیار موجود در عرف توسط آن ها در عقد است زیرا ماده ۲۲۵ق.م در مقام بیان قواعد عمومی معاملات مقرر می دارد که متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است. در ارتباط با چگونگی تقسیم سود حاصل از مضاربه بانکی بین بانک و عامل به صورت مشاع صورت می گیرد. با توجه به ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه که هزینه های قابل قبول برای بانک ها را مشخص نموده و نیز با توجه به مفاد ماده ۸ این دستورالعمل که پرداخت سایر هزینه های متعلقه به انجام مضاربه را با مصالحه طرفین به عهده عامل قرار داده است (ریاحی، ۱۳۹۸: ص ۶۳). سود خالص (سود قابل تقسیم) در مضاربه بانکی عبارت است از حاصل فروش کالا های خریداری شده توسط عامل پس از کسر مخارج ذکر شده در ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه در ماده ۱۴ دستورالعمل اجرایی قانون مضاربه آمده است که حداقل نرخ سود مورد انتظار پیش بینی شده در مورد معاملات موضوع مضاربه نسبت به سرمایه بابت سهم بانک توسط شورای پول و اعتبار تعیین می گردد (فقیه، ۱۳۹۷: ص ۹۷). با توجه به این ماده تعیین سود در مضاربه بانکی براساس حداقل نرخ سود مورد انتظار یا پیشبینی سود و یا مقدار تقریبی سود دهی در نظر گرفته می شود. حداقل سود مورد انتظار سودی است که پیشبینی می شود در آینده از انجام معامله حاصل گردد. البته ممکن است در عمل این حداقل نرخ سود کمتر یا بیشتر شود در حقیقت حداقل نرخ سود مورد انتظار را در بانک ها می توان یک معیار برای پذیرش یا رد در خواست های متقاضیان در معاملات مورد نظر دانست که این خود یک ابزار سیاست اقتصادی می باشد. به این ترتیب که هر گاه کسی بخواهد از بانک تحت عنوان مضاربه سرمایه ای دریافت کند ابتدا بانک از طرف مقابل اطمینان می گیرد که آیا در این تجارت حداقل سود مورد نظر بانک تأمین می شود یا نه؟ اگر معامله به گونه ای باشد که این مقدار از سود تقریبی بدست نیاید پولی به او داده نمی شود والا سرمایه در اختیار متقاضی قرار گرفته و او مشغول به تجارت می شود (معاصر، ۱۴۰۰: ص ۱۱).

نتیجه گیری

در حال حاضر نظام بانکداری ایران با چالش هایی روبرو است که ناشی از تناقضات ماهوی، ساختاری و رفتاری آن با مبانی بانکداری اسلامی است. این چالش ها که در قالب هایی مانند عدم تناسب با ماهیت بانک، انگیزه های مشتریان، ساختار سازمانی، تعدد و پیچیدگی شیوه های اعطای تسهیلات، فقدان نظارت کارآمد، عدم تخصص و آموزش کافی، نمود پیدا می کنند، پیامدهایی همچون تغییر ماهیت عقود اسلامی را به دنبال داشته اند. مطالعه قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه در نظام بانکی فعلی نشان می دهد که توجهی به سودهای واقعی و تحقق یافته فعالیت های اقتصادی در این قراردادها نمی شود. در عوض بانک ها با اتکا به نرخ سود انتظاری شورای پول و اعتبار این نرخ را به عنوان سود قطعی در قراردادها لحاظ و از مشتریان مطالبه می کنند. این رویه عملاً ماهیت عقود مشارکتی را به قراردادهای مبادله ای با نرخ سود از پیش تعیین شده تبدیل کرده است. عوامل متعددی در صورتی شدن و تغییر ماهیت عقود مشارکتی نقش دارند. عدم آموزش کافی، فقدان نظارت و کنترل مؤثر و بی توجهی مشتریان به مفاد قراردادها از جمله این عوامل هستند. با این حال ریشه اصلی این مشکل را باید در تناسب بیشتر عقود مبادله ای با ماهیت بانک و انتظارات مشتریان جستجو کرد. در اسلام بانکداری صرفاً به یک نظام مالی محدود نمی شود بلکه مکتب فکری اقتصادی مدونی را نیز شامل می شود. بانکداری اسلامی به عنوان زیرمجموعه ای از این مکتب بر پایه ضوابط شرعی اسلام بنا شده و از هرگونه معامله ای که با ربا، قمار، غرر، شرط بندی های حرام و سایر موارد ممنوعه همراه باشد پرهیز می کند. در مقایسه با بانک های غیر اسلامی، بانک های اسلامی نقشی فراتر از واسطه گری مالی ایفا می کنند. در این نظام بانک ها ضمن تأمین اعتبارات مالی پول را مستقیماً به فعالان تولیدی و تجاری اعطا می کنند و بر مصرف آن نظارت دارند. این رویکرد در تضاد با ماهیت بانک های غیر اسلامی است که صرفاً به بازگشت پول و سود آن اهتمام دارند. نظام بانکی کنونی ایران با چالش های عمیقی در تطابق با آموزه های اسلامی مواجه است. تغییر ماهیت عقود اسلامی که نمونه ای از این چالش ها است

ضرورت بازنگری عمیق در ساختار عملکرد و رویکردهای این نظام را به وضوح نشان می‌دهد. گذار به سوی بانکداری اسلامی نیازمند تحولات بنیادین در سطوح مختلف از جمله قوانین و مقررات، آموزش و تخصص نیروی انسانی و فرهنگ سازی و ارتقای آگاهی عمومی است. با اتخاذ این رویکرد جامع می‌توان امیدوار بود که نظام بانکی ایران به رسالت واقعی خود در راستای تحقق اهداف اقتصادی و عدالت اجتماعی در چارچوب آموزه‌های اسلامی دست یابد.

فهرست منابع

- ۱ هرون، محمد (۱۳۹۸) عقد مضاربه در حقوق ایران، دانشجوی کارشناسی ارشد گروه حقوق جزا و جرم شناسی واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران.
- ۲ ابراهیمی، محمد حسین (۱۳۷۷)، مضاربه در اسلام، چاپ دوم قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی
- ۳ جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۴) مضاربه (چاپ اول)، تهران کتابخانه گنج دانش
- ۴ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۱
- ۵ اسدبیگی، پیمان (۱۴۰۱). ضوابط اجرائی مضاربه مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا، پژوهش ملل دی ۱۴۰۱ - شماره ۸۳(۱۹) صفحه - از ۱۲۳ تا ۱۴۱
- ۶ افشاری پور، غلامرضا (۱۴۰۲). آسیب شناسی ربا در عقد مضاربه، در غیر خرید و فروش، در فقه و حقوق ایران.
- ۷ تفرشی، محمد عیسی قنواتی خلف، آبادی جلیل ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران مجله، مدرس شماره ۹ زمستان ۱۳۷۷
- ۸ رحمانی نیا، افسانه (۱۳۹۸). عقد مضاربه و استصناع، کارشناس حقوق، مدیر موسسه حقوقی میثاق عدالت زرین
- ۹ رحمانی، محمدجان (۱۴۰۱). بررسی شرایط صحت شروط ضمن عقد مضاربه در بانکداری اسلامی، محقق و استاد دانشگاه.
- ۱۰ فقیه، صدیقه سادات (۱۳۹۹). بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه)، نشریه فقه و اصول تابستان ۱۳۹۹ شماره ۱
- ۱۱ کاظمی، محمود (۱۴۰۲). جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در تبیین تلازم نفع و ضرر در عقد مضاربه، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
- ۱۲ میرانی، عبدالعزیز (۱۴۰۲). ارزیابی و تحلیل تطبیقی اوراق مضاربه براساس موازین فقه شافعیه و امامیه، فصلنامه دانش مالی تحلیل اوراق بهادار سال شانزدهم شماره ۵۸ تابستان ۱۴۰۲
- ۱۳ نوروزی، هانی (۱۴۰۱). تحلیل و ارزیابی فقهی و حقوقی چالش ها و آسیب های الگوی مضاربه در بستر عملیات بانکی بدون ربا با نگاهی به آرای قضایی، دومین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ
- ۱۴ وکیلی، یاسمن (۱۴۰۲). بررسی تحلیلی و تطبیقی عقد مضاربه از منظر حقوق ایران و فقه امامیه، فقه و حقوق معاصر بهار ۱۴۰۲ سال نهم - شماره (۲۳) ۱۳ صفحه - از ۲۷ تا ۳۹.
- ۱۵ حیدر نقوی، سید عباس (۱۳۹۹). آثار مدت در عقدهای مضاربه و بیع سلف ولوازمات آن، جامعه المصطفی العالمیه، مدرسه امام علی (ع)
- ۱۶ رضا، المصطفی (۱۳۸۸). قرارداد مضاربه در اقتصاد معاصر (بانکداری، شرکت های مضاربه‌ای، اوراق مضاربه)، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، دانشکده الهیات و معارف اسلامی
- ۱۷ رنجبر، منصور (۱۳۹۷). مقایسه کارایی عقد مضاربه با روش های تامین مالی متعارف رویکرد اثر علامت دهی مولفه نسبت تسهیم سود، دکتری اقتصاد اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، ایران
- ۱۸ ریاحی، سعید (۱۳۹۸). درنگی بر شرط ضمان عامل در عقد مضاربه، دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد

- ۱۹ شریفیان جزی، محمود (۱۳۷۶). مضاربه در حقوق ایران و کاربرد آن در امور بانکی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق علیه الاسلام، دانشکده حقوق و معارف اسلامی
- ۲۰ فقیه، صدیقه سادات (۱۳۹۷). بررسی انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض ربوی در صورت اشتراط ضمان عامل، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور
- ۲۱ معاصری، امیر (۱۴۰۰). بررسی نظریات مختلف در باب عقد مضاربه از دیدگاه مذاهب فقهی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

Investigating the nature and criticism of Mudaraba contracts in Iranian banking based on Islamic jurisprudence

Vahid Heydari Turkmani¹, Bahram Dehghan², Bahram Gholipour Danesh³

1. Graduate of Master's in Private Law, Islamic Azad University, Ayatollah Amoli Branch

2. Assistant Professor, Department of Arabic Language and Literature, Islamic Azad University, Khenoj Branch

3. Graduate of Criminology and Criminal Law, Islamic Azad University, Ayatollah Amoli Branch

Abstract

According to Article 546 of the Civil Code of Iran, Mudarabah is a contract in which one of the parties to the contract is responsible for providing capital, with the condition that the other party to the contract trades with this capital. Also, both parties of the contract share in the profit of this contract. The owner of the capital, the owner and the agent is called Mudarib. The purpose of this research is to examine the nature and criticism of mudarabah contracts in Iranian banking based on Islamic jurisprudence. The method chosen for this research is the descriptive-analytical and library method (document review). By studying the library, the researcher identifies written sources such as articles, books, theses and researches related to the subject and collects the necessary data, then extracts the relevant parts and finally summarizes it in its overall structure. is used The analysis of this research is in the form of a survey. The results of the research show that the current banking system of Iran is facing deep challenges in compliance with Islamic teachings. The change in the nature of Islamic contracts, which is an example of these challenges, clearly shows the need for a deep review of the structure, performance and approaches of this system. The transition to Islamic banking requires fundamental changes at different levels, including laws and regulations, human resources training and expertise, and culture building and promotion of public awareness. By adopting this comprehensive approach, we can hope that Iran's banking system will achieve its real mission in order to achieve economic goals and social justice within the framework of Islamic teachings.

Keywords: Mudarabah contracts, criticism of Mudarabah contracts, Iranian banking in jurisprudence
