

بررسی شرایط صحت شروط ضمن عقد مضاربه در بانکداری اسلامی

محمد جان رحمانی^۱

سید عبدالحمید ثابت^۲

چکیده

بر اساس دستورات دینی، شرط اصلی موفقیت به کارگیری ابزارهای سرمایه گذاری اسلامی، اعتماد متقابل به همدیگر و مهارت عامل و کارگزاران است. به همین دلیل کارگزاران اقتصادی قبل از اقدام به تجارت و فعالیت های اقتصادی، باید اقدام به یادگیری احکام و آداب آن نمایند و متعهد به انجام احکام شرعی در سرمایه گذاری و تجارت باشند. به دلیل کم رنگ بودن اعتماد متقابل، یادگیری مهارت ها قبل از انجام کار و اندک بودن تعهد به انجام احکام اسلامی و شرعی، بانک ها در قراردادهای اسلامی شرایطی را وضع می کنند که نوعاً از نظر فقها خلاف مقتضای عقد تلقی می گردد و باعث پیچیدگی در قرارداد می شود و در نهایت شرایط نابرابری را به نفع بانک و به ضرر مشتری ایجاد می کند. لذا در این تحقیق سعی شده است که به صورت توصیفی - تحلیلی، قرارداد مضاربه که از ابزارهای رایج در بانکداری اسلامی در اکثر کشورهای اسلامی از جمله افغانستان و ایران است، مورد بررسی فقهی قرار گیرد. در قرارداد بانکی افغانستان بانک اسلامی سعی می کنند فقط به عنوان عامل، سرمایه های مردم را در قالب عقد مضاربه دریافت نمایند. با وجودی که ماهیت عقد مضاربه ایجاب می کند که خسارت وارده احتمالی از رب المال یا صاحب سرمایه باشد، اما بانک اسلامی افغانستان به عنوان عامل شرط می کند که خسارت احتمالی از رأس المال و سود سرمایه باشد. اما در قرارداد بانکی ایران به دلیل اینکه بانک رب المال است و مشتری عامل است، لذا شروط متعددی را گذاشته اند که برخی آنان از نظر فقها و علمای اسلامی خلاف مقتضای عقد شناخته می شود؛ مانند شرط ضمان عامل، سلب حق فسخ از سوی عامل و دریافت جریمه تأخیر و غیره.

واژگان کلیدی: عقد، مضاربه، بانک، قرارداد مضاربه، شروط ضمن عقد

۱. گروه اقتصاد، مؤسسه علوم انسانی، جامعة المصطفی (ص) العالمية، کابل، افغانستان.

۲. دکتری اقتصاد، رئیس دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) - افغانستان، کابل.

مقدمه

در مورد نحوه استفاده از ابزارهای سرمایه‌گذاری در کشورهای اسلامی تفاوت‌هایی وجود دارد. برخی کشورهای اسلامی مانند مالزی بیشتر از ابزارهای کفاله و حواله استفاده می‌کنند و برخی هم مانند اردن، عربستان سعودی و امارت متحده عربی از ابزار استصناع استفاده می‌کنند (حاجیان، بی‌تا: ص ۳۰). در این میان ابزار مضاربه تنها قراردادی است که در تمامی کشورهای اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد (همان، ص ۲۹).

اما آمارهایی که از سوی بانک مرکزی ایران منتشر شده است نشان‌دهنده این امر است که بانک‌های غیردولتی تمایلی برای حضور در این قرارداد ندارند و مبالغی که به قرارداد مضاربه تخصیص داده‌اند هر سال کمتر می‌شود؛ برای مثال در سال ۱۳۹۳ رقمی که به این قرارداد تخصیص یافته بود ۱۱۰۲ هزار میلیارد تومان بوده و در سال ۱۳۹۷ به ۸۰۴ هزار میلیارد تومان رسیده است که در طی این ۵ سال از اعتبارات تخصیص داده شده ۲۰۸ هزار میلیارد تومان کاسته شده است. در نهایت با توجه به آمار بانک مرکزی، در سال ۹۷ تخصیص تسهیلات در قرارداد مضاربه رشد منفی به میزان ۱۸۰۶ درصد و اعطای تسهیلات در سرمایه‌گذاری مستقیم، منفی ۱۳۰۷ درصد بوده است (<https://meratmag.ir>).

بنابراین موارد ذیل می‌توانند به‌عنوان مهم‌ترین دلایل عدم اقبال مردم به عقود مشارکت مطرح گردد:

الف) پیچیدگی قراردادها

مثلاً قرارداد متحدالشکل مضاربه بانکداری ایران، تنها ۲۸ ماده دارد و دارای ۲۶ زیرمجموعه در قالب‌های تبصره است؛ بنابراین قراردادهای مشارکت به دلیل زیاد بودن مواد و تبصره آن‌ها مردم و مشتری حتی فرصت خواندن آن را ندارد تا چه رسد به فهمیدن و درک آن.

ب) سلب مسئولیت

بانک با وضع شرایط و مقررات، موضوع مورد مشارکت را کامل به نفع خودش تغییر می‌دهد. به‌گونه‌ای که با سلب هرگونه مسئولیت که سبب تحمیل هزینه و خسارت گردد از خود سلب مسئولیت می‌کند و همه را به گردن شریک خود می‌اندازد.

ج) تبدیل عقود مشارکت به قرض

بانک با افزودن شروط متعدد تحت عنوان شروط اصلی و ضمن عقد و انجام عقود خارج لازم عملاً عقود مشارکت را تبدیل به قرض می‌کند. با وضع شروط متعدد تنها رقمی که از عقود مشارکت باقی می‌ماند همان تقسیم و تسهیم سود است.

د) سوءاستفاده بانک‌ها

بانک‌ها به دلیل اینکه همواره حالت برتری دارد، نسبت به مشتریان مشارکتی خود، مثلاً در عقود مضاربه، اگر بانک به عنوان عامل از سرمایه مشتری استفاده نماید، قطعاً چنین شروطی را وضع نخواهد کرد. چنانکه در قرارداد مضاربه بانک اسلامی افغانستان بانک به عنوان عامل شروط را به نفع خود قرار می‌دهد و شرط می‌کند که بانک مسئولیت خسارت وارده را بر عهده ندارد.

۱. ادبیات تحقیق

عقود مشارکتی دو نوع می‌تواند باشد؛ یکی عقود مشارکت مدنی مانند مشارکت دو یا چند نفر در سرمایه‌گذاری که سرمایه‌شان را مشترکاً وارد سرمایه‌گذاری می‌کنند و تمامی شرکاء حق دخالت و نظارت در فعالیت‌های اقتصادی را دارند (کریمی و مرادی، ۱۳۹۶: ۴۵). نوعی دیگر از مشارکت مانند مضاربه، مساقات و زراعت و... است.

۱-۱. مضاربه

مضاربه از عقود مشارکتی، بین مضارب و عامل است. در این گفتار شراکت در قالب مضاربه بین بانک و شخص (حقیقی و حقوقی) دیگر، منعقد می‌گردد و شامل بخش بازرگانی و سایر بخش‌های اقتصادی مانند کشاورزی، صنعت و معدن می‌گردد و قابل اجرا است.

در این قرارداد بانک به عنوان مضارب (رب المال)، تأمین‌کننده وجه مورد لزوم (سرمایه مضاربه) و طرف دیگر قرارداد به عنوان عامل و کارگزار عهده‌دار انجام کلیه امور مربوط به موضوع قرارداد مضاربه است. سود حاصل از انجام معامله مورد نظر بین بانک و عامل در پایان کار تقسیم خواهد شد و نسبت این تقسیم بر اساس توافق اولیه خواهد بود (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۵۷۷).

اگر در قرارداد مضاربه زمان تعیین نشود، مضاربه می‌تواند تا هرزمانی استمرار داشته باشد، اما در بانک‌ها مطابق آیین‌نامه اجرایی، حداکثر مدتی که سرمایه مضاربه می‌تواند در اختیار عامل قرار گیرد یک سال از تاریخ انعقاد مضاربه است و عملیات عامل طی این مدت باید چنان صورت گیرد که حداکثر در سررسید قرارداد، کلیه وجوه حاصل از فروش، در حسابی که نزد بانک قرار دارد واریز شده باشد؛ یعنی بانک با آوردن این شرط قرارداد را برای مدت مشخصی منعقد می‌کند (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۸۱).

مطابق قانون، بانک می‌تواند شرط کند که در طول مدت مضاربه حق نظارت بر شکل مصرف و برگشت وجوه را داشته باشد و با استفاده از آن به میزان قابل توجهی از بروز زیان‌های احتمالی جلوگیری کند؛ (همان). اشخاص حقیقی یا حقوقی که می‌خواهند سرمایه تجاری خود را از طریق مضاربه با بانک تأمین نمایند علاوه بر اطلاعات هویتی بایستی اطلاعاتی مانند موضوع مضاربه، میزان سرمایه لازم برای مضاربه مورد نظر، مبالغ تقریبی هزینه‌های مربوطه، حداکثر مدت لازم برای دوره مضاربه، پیش‌بینی میزان فروش، نسبت پیشنهادی متقاضی برای تقسیم سود حاصله از مضاربه و نوع وثیقه‌ای را که متقاضی برای تضمین حسن اجرای قرارداد به بانک می‌سپارد در اختیار بانک بگذارند. بانک با بررسی اطلاعات مذکور و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مضاربه و نسبت سهم سود طرفین، با رعایت ضوابطی که در این امر برای بانک‌ها معین شده است در صورت وجود توجیه کافی، با آوردن شرایطی یا بدون شرط با تقاضای مشتری موافقت و اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید (همان).

۱-۱-۱. احکام مضاربه

- الف) مضاربه یک قرارداد دوطرفه است و نیاز به ایجاب و قبول دارد.
- ب) مضاربه از هر دو طرف جایز است. طرفین مضاربه هر وقت بخواهند می‌توانند مضاربه را به هم بزنند.
- ج) 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 خسارت‌ها جبران می‌شود و اگر چیزی از سود باقی ماند تقسیم می‌شود.
- د) 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، می توانند میزان کسری یا اضافی را جبران کرده یا این که نسبت به آن مصالحه کنند و چیزی اضافه از یکدیگر نگیرند.

ه) اگر بعد از حصول سود معلوم شود مضاربه باطل بوده است، 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.

۲-۱-۱. ضوابط مورد عمل

در ذیل به برخی از ضوابطی که طبق قانون در عقد مضاربه، لازم الاجرا است، اشاره شده است:

۱. داشتن صلاحیت فنی، حسن شهرت، اهلیت، پرداخت، سابقه کار و مراودات بانکی؛
 ۲. مشتری (عامل) بایستی به نفع بانک کالای مورد مضاربه را بیمه نماید؛
- عامل نوع تجارت را می تواند به صورت آزادانه انتخاب کند اما قادر به انتخاب معاملات پرریسک نیست.

۳-۱-۱. موارد انحلال عقد مضاربه

طبق ماده ۵۵۰ و ۵۵۱، در صورتی امکان انحلال قرارداد وجود دارد که یکی از شرایط ذیل رخ بدهد:

۱. هر دو طرف تمایل به انحلال قرارداد داشته باشند؛
۲. امکان فسخ قرارداد حتی با وجود عدم رضایت یکی از طرفین؛
۳. هرکدام از طرفین دچار سفته (کسی که دارایی اش را مدیریت نمی تواند و به خود ضرر مالی می زند) یا جنون (دیوانه) یا فوت شود؛
۴. مالک مفلس (نادار) شود؛
۵. تمام سرمایه و سود تباه شود؛
۶. عدم امکان تجارتي که در قرارداد ذکر شده است.

۴-۱-۱. شرایط صحت شروط ضمن عقد مضاربه

یکی از مهم‌ترین مباحث در مورد عقود مخصوصاً عقد مضاربه، شرایط صحت شروط ضمن عقد است. امروزه بانک‌ها نیز به‌عنوان مضارب و رب‌المال، شرایط متعددی را به‌عنوان شرایط ضمن عقد مضاربه وضع می‌کند. چنانکه قرارداد مضاربه بانکی ایران ۲۸ شرط اصلی و ۲۶ شرط فرعی دارد که تحت عنوان ماده و تبصره و... بیان شده است. از دیدگاه فقهی شرایط ضمن عقد نباید با مقتضای عقد منافات داشته باشد، بلکه باید مطابق با مقتضای عقد مضاربه باشد. مراد از مطابقت شروط با مقتضای عقد مضاربه این است که اولاً مفاد شروط ضمن عقد باید منجز باشد و باعث تعلیق عقد نگردد. به عقیده عده‌ای از فقها، شرط معلق باطل است؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که یکی از طرفین در صورت آمدن زید از مسافرت، لباسی برای دیگری بدوزد. دلیل بطلان شرط معلق آن است که شرط، جزئی از عوضین است و با فرض معلق بودن شرط، ثمن نیز معلق می‌شود. اما این استدلال مورد قبول اکثر فقها قرار نگرفته است (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۲) و گفته‌اند تعلیق به عمل برگشت می‌کند؛ بدین معنی که در مثال فوق، مورد شرط و التزام یعنی دوختن لباس، معلق است و آمدن زید قید عمل است؛ بنابراین، شرط مزبور انشای عقد را بر ثمن معین معلق نمی‌کند و به تعبیر دیگر در این مورد، منشأ معلق است نه انشای عقد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۱۵).

ثانیاً؛ مراد از مقتضای عقد می‌تواند مقتضای ذات عقد باشد. مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده‌اند. برای مثال مفاد عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است؛ یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. حال اگر در بیع، شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری درنیاید، شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد بیع است، یا اگر در نکاح که مقتضای ذات آن ایجاد علقه زوجیت است، طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است. چنانچه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل است.

دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت درنیامدن مبیع در ضمن

بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد؛ بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد است، توافق کنند، در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند. به همین علت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، علاوه بر آنکه باطل است، مبطل عقد نیز به شمار می‌رود؛ زیرا چنین شرطی مستلزم عدم قصد انشای عقد است و علامه حلی در کتاب ارزشمند قواعد الاحکام این نوع شروط را باطل دانسته است (کریمی، ۱۳۸۸: ص ۳۷۸).

ثالثاً؛ مراد از مقتضای عقد را می‌توان مقتضای اطلاق عقد دانست. مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود- یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان - مقتضای آن است (نایینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۶، انصاری، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۱۵). برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه خيارات نیز حسب مورد به وجود آید. شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست.

۱-۱-۵. شروط ضمن عقد مخالف با مقتضای عقد مضاربه

امروزه بررسی‌ها نشان می‌دهد که بانک‌ها به دلیل موقعیت برتر، از موضع ضعیف مشتریان با وضع شرایط ضمن عقد، سوءاستفاده می‌کنند و شرایطی را بر مشتریان تحمیل می‌کند؛ لذا این نوع شرایط که در ضمن عقد مضاربه واقع می‌گردد به عنوان شرایط تحمیلی مخالف با مقتضای عقد مضاربه خواهد بود. در این میان برخی از شرایط ضمن عقد که مخالف عقد مشارکتی مخصوصاً مضاربه قرار می‌گیرد، به صورت ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند:

۱. شرایط غیرمنصفانه

بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی «منظور از شروط غیرمنصفانه، شروط تحمیلی هستند که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی، یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌کند.» (کریمی، ۱۳۸۸: ۷۰). امروزه بانک‌ها در عقود مشارکتی که قصد مشارکت واقعی با مشتری ندارند و صرفاً به چشم اعطای تسهیلات به آن نگاه می‌کنند، لذا با استفاده از موقعیت برتر اقتصادی خود و نیاز مشتریان به اخذ این تسهیلات، شروطی را در قالب شروط عدم مسئولیت در ضمن عقد مشارکت می‌گنجانند که برخی بر این باورند که این شروط در زمره شروط غیرمنصفانه هستند.

شروط غیر منصفانه از لحاظ فقهی و حقوقی ریشه در «قاعده لاضرر» دارد و قاعده لاضرر مبانی این نوع شروط را تشکیل می‌دهد (کریمی، و مرادی، ۱۳۹۶، ص ۵). در یک تعبیری ساده و ابتدایی معیار تشخیص این نوع شروط را به عرف واگذار می‌کنند و عرف شروط غیر منصفانه را شروطی می‌دانند که وجدان نوعی انسان‌ها آن را نمی‌پذیرد (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ص ۱۸).

هرچند از نظر فقهی شرط در قالب عقد خارج لازم بدون اشکال است. به همین دلیل است که بانک‌ها توسط شروطی ضمن عقد مضاربه، زیان‌های احتمالی را به گردن عامل می‌اندازند بانک‌ها به عنوان رب المال هیچ مسئولیتی در بروز زیان‌های احتمالی به عهده نمی‌گیرند. همین‌طور بانک‌ها توسط عقد لازم خارج حق فسخ را از عامل می‌گیرد و باعث تبدیل عقد جایز به عقد لازم می‌گردد. از طرف دیگر نیز توسط عقد خارج لازم عامل را مجبور می‌کند که جریمه تأخیر پرداخت نماید؛ بنابراین مشهوری از فقها استفاده از شروط عدم مسئولیت بانک‌ها را در این قسمت شروط غیر منصفانه می‌دانند که بانک‌ها از شرایط مشتریان خود سوءاستفاده می‌کنند. لذا این‌گونه شروط از نظر آنان از مصادیق شروط خلاف مقتضا و ماهیت عقد مشارکت مضاربه نیز است.

چنانکه در برخی منابع شرط ضمان عامل مضاربه را نوعی درآمد بدون مخاطره برای صاحب سرمایه می‌داند، درحالی‌که سرمایه در اختیار فرد عامل است و صاحب سرمایه مانند رباگیرنده می‌باشد؛ بنابراین از آنجاکه در قرارداد مضاربه اختیار مال در دست عامل است، وضع شرط ضمان عامل توزیع ریسک و بازده را ناعادلانه می‌کند و کل ریسک فعالیت را به عامل منتقل می‌کند. به همین علت سهم داشتن مضارب در سود، ظالمانه و خلاف مقتضای مضاربه است و صحیح‌ه محمد بن قیس بر این مطلب دلالت دارد. عن ابی جعفر^(ع) فی حدیث عن علی^(ع): «قال من ضمن تاجرا فلیس له الا رأس ماله و لیس له من الربح شیء.» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹: ۲۲)؛ امام باقر از امام علی^(ع) نقل می‌کند که هرگاه تاجر (عامل) ضمانت سرمایه را نماید، صاحب مال و سرمایه فقط صاحب رأس المال خود است و سود و ربح مربوط به عامل است.

۲. ضمان عامل

اصل در قرارداد مضاربه این است که خسارت وارده از ربح و سود رأس المال است که سود و ربح رأس المال، مال رب المال و عامل است و اگر در عقد مضاربه سودی عاید نشد، بازهم خسارتی که به رأس المال وارد شده، از جیب رب المال رفته است نه از حساب مضارب؛ چون مضارب زحمت و کار خود را و رب المال، رأس المال خود را از دست داده‌اند و ضرر کرده‌اند و انصاف و عدالت هم این است و اگر بنا باشد که تنها خسارت را عامل جبران کند و رأس المال رب المال سر جای خود باقی بماند، عدالت بین رب المال و مضارب صورت نگرفته است.

بنابراین، اگر خسارت وارده هنگام تسویه حساب بیشتر از ربح و سود بوده باشد، خسارت و ضرر از رأس المال به حساب می‌آید و عامل از ضرر و خسارت چیزی را متحمل نمی‌شود، به اعتبار اینکه وی امانت‌دار است. البته تا زمانی که از وی هیچ‌گونه تعدی و کوتاهی صورت نپذیرد. اگر مخارج و هزینه‌ها به اندازه درآمد بوده باشد، در این وقت رب المال فقط رأس المال خود را تحویل می‌گیرد و بازهم بر مضارب چیزی نیست و اگر سود و ربحی صورت گرفت، طبق اتفاق و قراردادی که بین طرفین وجود دارد، توزیع می‌گردد» (یزدی، ۲۰۱۶: ص ۲۴۰).

بنابراین، در این قرارداد که بین بانک به عنوان رب المال و مضارب به عنوان عامل انجام می‌گیرد، معمولاً شروطی را وضع می‌کنند که مخالف شریعت اسلامی است و این شروط چنین معامله‌ای را فاسد می‌کنند و اگر این شروط برداشته شوند و دیگر مشکلی هم وجود نداشته باشد، قرارداد بین طرفین جایز و درست است و معامله طبق مضاربه اسلامی صورت خواهد گرفت. یکی از شروط، ضمان عامل است که طبق این شرط عامل را ضامن می‌داند و تمام خسارت را به عهده عامل می‌اندازد در حالی که اصل در مضاربه این است که خسارت به عهده صاحب مال (رب المال) است و برای عامل (مضارب) در این خسارت و زیان چیزی تعلق نمی‌گیرد، البته تا زمانی که مقصر نباشد. (صالح حمیدالعلی، بی تا، ص ۲۸۸).

بنابراین، در موضوع بحث دو دیدگاه مطرح است؛ یکی دیدگاه بطلان شرط ضمان عامل و دیگری دیدگاه صحت شرط ضمان عامل در ضمن عقد.

الف) دیدگاه بطلان شرط ضمان عامل در ضمن عقد

برخی از فقها معتقد به بطلان شرط ضمان عامل اند. چنانکه جمهوری از علمای اهل سنت شرط ضمان عامل را باطل و خسارت را بر رب المال می‌دانند، ولی معتقدند عقد مضاربه صحیح است (صالح حمید العلی، بی تا، ص ۲۸۹). همین طور برخی از علمای اهل تشیع نیز این شرط را باطل می‌دانند و دلایل بطلان آن را به صورت ذیل بیان می‌کنند:

۱. مخالفت شرط ضمان با امین بودن عامل

امانت از ویژگی‌ها و احکام مشترک عقود مضاربه، مزارعه و مساقات است که این امر بی ارتباط با ماهیت مشارکتی آن‌ها نیست؛ زیرا در این عقود، عامل به منزله شریک مأذونی است که مال الشرکه در دست وی است و از جمله احکام مربوط به شرکت، امین بودن شریک است. چون تصرف هر یک از شرکا در مال مشترک مبتنی بر اذن است؛ بنابراین مال مشترک در ید شرکا جنبه امانی دارد.

عموم قاعده «علی الید ما اخذت» شامل ید امین می‌شود و اقتضا می‌کند که امین نیز ضامن آنچه در دستش هست، باشد؛ اما قاعده فقهی «ما علی الامین الا الیمین» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۲۴۷) که از روایت معروف «لیس علی الامین الا الیمین» و خبر «لیس علی المؤتمن ضمان» و «ما علی الامین الا الیمین» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴: ۱۶) گرفته شده است و معنای آن این است که هیچ چیزی جز سوگند بر امین نیست. همین طور در روایت محمد بن مسلم نیز ضمان عامل را به عنوان فرد امین باطل می‌دانند: «عن ابی جعفر^(ع) قال سألته عن الرجل یستبضع المال فیهلک او یسرق أ علی صاحبه ضمان، فقال لیس علیه غرم بعد ان یكون الرجل امیناً» (حرعاملی ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۲۱)؛ از امام صادق^(ع) در مورد تاجری پرسیدم که با مالی تجارت می‌کند و گاهی مالش از بین می‌رود و ضرر می‌کند آیا این تاجر عامل ضامن است؟ اما فرمود خیر چون این تاجر امین بوده است.

بنابراین، طبق قاعده و روایت‌های فوق اگر مال مورد امانت نزد امین تلف یا ناقص یا معیوب شود، هیچ گونه مسؤولیت و ضمانتی متوجه امین نیست.

با این استدلال بسیاری از فقیهان شرط ضمان عامل در مضاربه را مخالف مقتضای

عقد می‌دانند که از آن جمله می‌توان به علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳۳۱) و محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸: ص ۵۴) اشاره کرد.

۲. مخالفت شرط ضمان عامل با مقتضای ملکیت

طبق نظر بزرگانی مانند محقق نائینی، حقیقت ملکیت مال باعث می‌شود تا زیان و خسارت بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را برای غیر مالک قرار داد. در عقد مضاربه سود متناسب با نسبت مقرر بین طرفین تقسیم می‌شود و زیان حاصل بر اصل سرمایه را مالک به تنهایی عهده‌دار می‌شود. در حقیقت زیان عامل از تجارت همان هدر رفتن فعالیتش است؛ بنابراین شرط ضمان نه تنها از جهت مخالفت با مقتضای امانت، بلکه از جهت مخالفت با مقتضای ملکیت در ساختار این قرارداد نیز باطل است (صدر، ۱۴۰۱: ۱۹۵).

این استدلال با استفاده از قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» (شریف کاشانی، ۱۴۰۴: ۱۰) نیز استدلال شده است. بر اساس این قاعده، زیان به کسی تعلق می‌گیرد که در صورت کسب سود، مستحق سود می‌شود. به عبارت دیگر این قاعده تحمل ریسک را جزء جدایی‌ناپذیر از کسب سود می‌داند. البته به نظر برخی فقیهان نمی‌توان به این حدیث تمسک کرد زیرا ابتدا؛ این روایت در جوامع روایی شیعی نقل نشده است فقط در «عوالی اللئالی» آمده است که آن هم مرسله است و اهل سنت نیز که روایت را ذکر کرده‌اند، اتفاق بر حجیت آن ندارند و همین‌طور شهرت عملی و فتوایی این روایت نیز ثابت نشده است.

ثانیاً؛ پذیرش این نظریه با صحت قراردادهای تضمینی مانند بیمه و ضمانت در تعارض است؛ زیرا پذیرش این نظریه باعث می‌شود هر نوع تضمین سرمایه ممنوع باشد. چراکه بر اساس این نظریه مالک باید همواره ریسک مال را خود بر عهده بگیرد و حق انتقال آن را به غیر از راه ضمانت نداشته باشد. این در حالی است که در بحث ضمانت فقهی و همچنین در بسیاری از قراردادهای مانند بیمه، خدمت تضمین سرمایه قراردادی شرعی و عقلایی شمرده می‌شود.

۳. تبدیل مضاربه به قرض بر اثر شرط ضمان عامل

برخی از فقیهان مانند شهید ثانی باور دارند که شرط ضمان عامل در مضاربه باعث

می‌شود تا ماهیت عقد مضاربه به قرارداد قرض تغییر یابد؛ زیرا ماهیت عقد قرض تملیک مال بر وجه ضمان است (انصاری، ۱۴۱۸: ۳، ۱۴). در قرارداد قرض، سرمایه از ملکیت قرض دهنده خارج می‌شود و به ملکیت قرض گیرنده منتقل می‌گردد با این شرط که مثل آن در موعد مقرر به قرض دهنده اعطا شود. ماهیت قرارداد قرض دارای دو رکن اصلی مانند تملیک مال و ضمان مثل است. با تملیک مال، دو حق از قرض دهنده به قرض گیرنده منتقل می‌شود: مانند حق اختیار تصمیم‌گیری و تصرف در مال.

در عقد قرض، حق تصمیم‌گیری و تصرف در مال از قرض دهنده به قرض گیرنده منتقل می‌شود. قرض دهنده دیگر حق تصرف و نظارت بر چگونگی مصرف مال را از دست می‌دهد. و همچنین حق دریافت سود و زیان مال که در عقد قرض حق دریافت سود و زیان مال از قرض دهنده به قرض گیرنده منتقل می‌شود؛ بنابراین قرض گیرنده مالک جدید سرمایه می‌شود و هر اتفاقی برای آن بیفتد اعم از سود یا زیان، به طور مستقیم بر عهده وی خواهد بود. بنابراین دو رکن ماهیت عقد قرض یعنی تملیک و ضمان سرمایه سه ویژگی اساسی را برای متعاقدين تبیین می‌کند که دو مورد آن برای قرض گیرنده و یکی برای قرض دهنده است:

۱. انتقال اختیار مال، حق تصرف، تصمیم‌گیری و نظارت به قرض گیرنده؛

۲. انتقال سود و زیان سرمایه به قرض گیرنده؛

۳. تضمین اصل سرمایه به وسیله قرض گیرنده.

بنابراین، در هر قراردادی اگر این سه ویژگی وجود داشته باشد، در حقیقت تملیک مال به شرط ضمان صورت گرفته و ماهیت قرارداد به عقد قرض تغییر یافته است. لذا شرط ضمان سرمایه در مضاربه باعث می‌شود تا دو ویژگی از سه ویژگی قرارداد قرض به طور کامل پدید آید. با تضمین اصل مال به وسیله عامل برای مالک سرمایه (ویژگی سوم) و با شرط ضمان، تحمل زیان سرمایه را بر عهده دریافت کننده سرمایه قرار می‌دهد (ویژگی دوم).

همین طور طبق این شرط سرمایه در اختیار عامل قرار می‌گیرد و وی حق تصرف و به کارگیری سرمایه را دارد (ویژگی اول). افزون بر شهید صدر، بسیاری از فقیهان نیز شرط ضمان عامل را باعث تبدیل قرارداد به قرض می‌دانند. از آن جمله علامه حلی در قواعد (حلی، ۱۴۱۳، ۲: ص ۳۳۶) و ابن ادریس در سرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ص ۴۰۹) و ابن

حمزه (ابن حمزه، ۱۴۱۲: ص ۲۶۷) باور دارند که شرط ضمان عامل باعث تبدیل عقد مضاربه به قرض می‌گردد لذا رب المال نمی‌تواند سود دریافت کند.

ب) دیدگاه عدم بطلان شرط ضمان عامل

برخی از فقها مانند صاحب جواهر می‌فرماید: این صحیح است که زیان، متوجه صاحب مال باشد و در روایات نیز چنین آمده است، اما این موضوع نه بدان جهت است که مضاربه، در بافت خود چنین اثری دارد و به اصطلاح مقتضای عقد چنین است بلکه اطلاق قرارداد و سکوت آن بر حسب معمول سبب می‌شود که خسارت متوجه عامل نگردد. بنابراین، اگر طرفین در ضمن عقد خود تصریح کرده و شرط کنند که زیانی متوجه سرمایه نشود، شرطی برخلاف اثر طبیعی و مقتضای عقد نکرده‌اند. بلکه صرفاً به شرطی پای‌بند شده‌اند که با اطلاق قرارداد سازگار نیست و این چنین شرطی هم اشکال ندارد (صفار، ۱۳۷۷: ۳۰).

صاحب جواهر در جای دیگر می‌فرماید: شرط ضمان مضارب، منافاتی با اینکه سرمایه، امانت در دست اوست نیز ندارد؛ زیرا در بسیاری از امانات، ید متصرف محکوم به ضمان است؛ مثل عاریه طلا و نقره یا عاریه‌ای که شرط ضمان شده است. بلکه حتی در بسیاری از صورت‌های مضاربه، ضمان عامل وجود دارد و وضع همچنین است در صورتی که بر عامل پرداخت مقداری از خسارت بر سرمایه شرط شود؛ بنابراین در جمیع این موارد که شرط مخالف با مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات، شرط صحیح است (نجفی، ۱۳۹۱، ج ۲۶: ۳۲۴).

جمع‌بندی این بحث این است که در مورد شرط ضمان عامل بین فقها اختلاف وجود دارد اما جمهور و مشهور از فقها معتقدند که شرط ضمان عامل مخالف مقتضای عقد مضاربه است و باطل است.

۲. تبدیل عقد جایز به عقد لازم

به‌طور کلی عقود یا لازم است و یا جایز و عقد مضاربه از جمله عقود جایز است. عقد جایز عقدی است که هر یک از طرفین می‌توانند بنا به اراده شخصی آن را منحل نمایند و در این خصوص نیازی به توافق با طرف مقابل نبوده و این عقد با فوت و جنون و سفه هر یک از طرفین نیز از بین می‌رود.

اما در مقابل، عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند بنا به اراده شخصی آن را منحل نمایند مگر در موارد خاصی که شرع و قانون اجازه آن را داده باشد و این عقد با فوت و جنون و سفه هر یک از طرفین از بین نمی‌رود؛ همانند عقد بیع، اجاره، وقف و صلح که پس از انعقاد معامله هیچ‌یک از طرفین حق انحلال آن را ندارد مگر در مواردی که به حکم قانون یا حسب شرایط قراردادی اختیار فسخ معامله را داشته باشند. لازم به ذکر است طرفین معامله با تراضی یکدیگر حق انحلال عقد واقع شده را دارند که اصطلاحاً به آن اقاله گفته می‌شود. مع الوصف پس از انعقاد معامله فوت و جنون و سفه هر یک از طرفین یا دو طرف معامله موجب انحلال عقد لازم نمی‌گردد و آثار و تبعات این عقد برای وارث و قائم مقام قانونی ایشان قابل اجرا خواهد بود. مگر در شرایطی که طرفین با اقاله و تراضی فسخ نمایند. حال سؤال این است که آیا عقود جایز مانند مضاربه توسط شروط ضمن عقد تبدیل به عقد لازم می‌گردد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال دو دیدگاه فقهی بین فقه‌های اسلامی شکل گرفته است.

۱-۲. دیدگاه عدم جواز تبدیل عقد جایز به عقد لازم

مشهور از فقها معتقدند که تبدیل عقود جایز به عقود لازم جایز نیست و درست نمی‌باشد. لذا شروطی که سبب تبدیل عقد جایز به عقد لازم گردد باطل است و بطلان این نوع شروط باعث بطلان عقد هم می‌گردد. هرچند برخی دیگر از فقها بطلان شرط را باعث بطلان عقد نمی‌دانند.

۱-۱-۲. ادله عدم جواز تبدیل عقد جایز به عقد لازم

الف) قاعده «أن الشرط فی العقود الجائزة غیر لازم العمل» فقها از این عبارت تفسیرهای متفاوتی دارند. مثلاً صاحب جواهر می‌گوید، لزوم و جواز تابع عقد است؛ اگر عقد لازم باشد، وفای به شرط ضمن آن نیز لازم است در غیر این صورت صرفاً یک وعده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج، ۲۶: ص ۳۴۳).

ب) اجماع: برخی از فقها شروط ضمن عقد جایز را از جمله شروط ابتدایی می‌دانند و ادعای اجماع بر بطلان شروط ضمن عقد جایز نموده‌اند و معتقد به عدم وجوب شروط ضمن عقد جایز می‌باشند.

ج) اولویت: برخی از فقها استدلال نموده‌اند، چون وفا به خود عقد واجب نیست، وفا به شرط ضمن آن نیز، به طریق اولی واجب نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ص ۲۸۵).

د) تبعیت: دلیل جواز، هم بر جواز خود عقد دلالت می‌کند و هم بر جواز توابع آن و شروط ضمن عقد هم از توابع عقد محسوب می‌شوند. شهید ثانی می‌فرماید: قراض از مصادیق عقود جایز است که وفا به آن لازم نیست. پس وفا به آنچه در آن شرط شود، هم لازم نیست؛ زیرا شرط مثل جزئی از عقد است و از آن بیشتر نیست (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۴: ص ۳۹۵).

ه) عدم وجود مانع در واجب بودن وفا به شرط در عقد جایز: در واجب بودن وفا به شرطی که در عقد جایز مشروط است، مانعی وجود ندارد. همان‌گونه که در اکثر واجبات مشروط چنین است. مثل سفر که باعث شکسته شدن نماز می‌شود یا قصد اقامت ده روز که باعث کامل شدن نماز است؛ بنابراین در عین اینکه سفر واجب نیست، شکسته شدن نماز واجب است. باید توجه داشت که وجوب وفا به عقد یا شرط به معنای وجوب تکلیفی نیست که به واسطه اصل عدم وجوب منتفی شود. بلکه منظور نفوذ عقد و شرط است؛ بنابراین زمانی که در تأثیر فسخ برای نابودی شرط و عقد شک کردیم، اصل عدم تأثیر جاری می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ص ۸۴-۸۵).

و) مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد: برخی فقها شرط لزوم را باطل و به دلیل مخالفت آن با مقتضای ذات مضاربه مبطل عقد می‌دانند (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۲: ص ۶۰).

ز) مخالفت با حکم شارع و کتاب و سنت: برخی معتقدند این شرط در عالم خارج عملی نیست و غیرممکن است؛ زیرا مضاربه جایز است و مالک و عامل به حکم شارع مالک فسخ هستند و شرط مالک نبودن آن‌ها بر فسخ مخالف شرع است. پس با شرط، عقد، لازم نمی‌شود، بلکه عقد نیز به تبع شرط باطل می‌شود (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱: ص ۴۲).

برخی فقهای اهل سنت در فقه حنبلی صراحتاً چنین شرطی را باطل می‌دانند معتقدند

شرط لزوم مضاربه یا شرطی عدم عزل در مدت معین، از جمله شروط فاسد و منافی مقتضای عقد است (موفق‌الدین، ۱۴۰۵: ص ۴۲).

برخی فقها نیز در باب عقد شرکت شرطی را که طی مدت معین، عقد فسخ نشود را از جمله شروط فاسد می‌داند (ابواسحاق، ۱۴۲۱: ص ۱۶؛ المرداوی، ۱۳۱۶: ص ۴۲۴). شافعی‌ها نیز شرط لزوم را منافی مقتضای عقد می‌دانند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷: ص ۴۸). حنفی‌ها نیز در مورد بطلان شرط لزوم با شافعی‌ها و حنابله هم‌عقیده‌اند؛ اما آن را از جمله شروط فاسدی می‌دانند که باعث بطلان عقد نمی‌شود (فخرالدین، ۱۳۱۳، ج ۵: ص ۵۶). نتیجه اینکه دیدگاه اکثر فقهای مسلمان این است که شروطی که باعث تبدیل عقد جایز به عقد لازم گردد باطل و فاسد است.

۲-۲. صحت شرط لزوم عقد

یکی دیگر از دیدگاه‌ها در این مورد این است که شرط لزوم باطل نیست صحیح است. طبق این دیدگاه شرایطی که باعث تبدیل عقد جایز به عقد لازم گردد صحیح است. برای این مورد هم دلایل و استدلال‌های ذیل ارائه می‌گردد.

الف) عموماً صحت شروط

مهم‌ترین دلیل در این مورد، کلام پیامبر اکرم^(ص) است که فرمود: «المؤمنون عند شروطهم». این فرمایش در مورد شروطی است که مؤمنان با هم منعقد می‌کنند و به صورت امری به آن‌ها امر می‌کند که به شروط خود پایبند باشند. این دلیل عمومیت دارد و شامل صحت و نفوذ شروط می‌گردد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ص ۸۳).

ب) امضایی و حق بودن جواز مضاربه

یکی دیگر از ادله صحت شرط لزوم، توجه به مبنای لزوم و جواز عقود است. بدین معنی که آیا لزوم و جواز امر امضایی است یا تأسیسی؟ اگر مبنای جواز مضاربه حکم امضایی باشد، امکان شرط خلاف آن به اراده طرفین وجود دارد؛ ولی اگر تأسیسی باشد، دیگر این امکان وجود ندارد. سید یزدی بهترین دلیل درباره لزوم را بنای عقلاً می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ص ۳).

مسئله اصلی لزوم عقود از احکامی است که بین فقها به امضایی معروف است. شاهد مطلب اینکه فقها در بحث اصاله‌اللزوم یکی از ادله اصاله‌اللزوم را بنای عقلا می‌دانند. لذا در مورد امضایی بودن حکم لزوم بحثی نیست؛ اما مسئله مهم بنای حکم جواز است که امضایی است یا تأسیسی. برخی قائل به امضایی بودن لزوم و تأسیسی بودن جواز هستند (باقری‌پور، ۱۳۹۲: ص ۱۱۱-۱۱۲)؛ با این استدلال که اصل اولیه در تمامی معاملات لزوم بوده اما حکم جواز، تأسیس شارع بوده است. زیرا عرف عقلا معمولاً عاری از این دقت‌های علمی است که بین قراردادهاشان تفصیل قائل شوند و برخی را قابل فسخ و برخی را غیرقابل فسخ تلقی کنند.

این نظر قابل انتقاد است و نمی‌توان گفت جواز حکم تأسیسی است؛ بلکه لزوم و جواز هر دو از احکام امضایی محسوب می‌شوند. مردم از قدیم در مورد هر عقدی نوع مصالح خود را تشخیص می‌دادند و با توجه به نوع همین مصالح می‌دانستند که عقد لازم منعقد می‌کنند یا عقد جایز (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ص ۱۵۲)؛ به عبارت دیگر عرف عقلا از همان ابتدا توانایی تشخیص عقود از نظر لزوم و جواز را داشته است. مخصوصاً عقدی مانند مضاربه که خود نیز از امضائات است. فقها در موارد بی‌شمار گفته‌اند، مقررات عقود و ایقاعات از عرف و عادت گرفته شده و احکام امضایی هستند. حال چگونه می‌توان گفت که لزوم و جواز عقود از عرف و عادت گرفته نشده و از احکام تأسیسی است؟ بنای عقلا نه تنها در مشروعیت معامله مؤثر است، بلکه در تعیین خصوصیت قرارداد، مثل لزوم و جواز نقش تعیین‌کننده دارد (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱: ص ۵۷).

مضاف بر امضایی بودن جواز مضاربه، خصلت دیگر جواز این عقد (به‌طور کلی تر همه عقود اذنی) حقی بودن آن است. همان‌گونه که برخی از فقها گفته‌اند، عقود را از باب لزوم و جواز می‌توان به سه دسته تقسیم نمود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ص ۲)

اول) عقودی که ذاتاً اقتضای لزوم می‌کنند مثل نکاح و بی‌مان که شرط خیار در آن‌ها منافی مقتضای عقد است.

دوم) عقودی که ذاتاً اقتضای جواز می‌کنند مثل وعده نکاح که شرط لزوم منافی مقتضای عقد است.

سوم) عقودی که ذاتاً اقتضای لزوم و جواز را ندارد، مثل مضاربه.

لزوم و جواز در قسم اول و دوم حکمی است و غیرقابل تغییر است، ولی در قسم سوم لزوم و جواز حقی است و طرفین می‌توانند در مضاربه که از قسم سوم است، حق فسخ را از خود سلب کنند.

اصل، بر حقی بودن لزوم و جواز عقود است. مگر اینکه استثنائاً برخی عقود مشمول لزوم و جواز حکمی شود. دلیل روشن این است که اگر لزوم و جواز حکمی را اصل بدانیم، با تخصیص اکثر مواجه می‌شویم.

بنابراین در صورتی که صحیح بودن شروط ضمن عقد، عقد مضاربه با شرط سلب فسخ از طرف عامل عقد مضاربه به عقد لازم تبدیل می‌گردد. و در صورتی که صحیح نبودن این گونه شروط باعث بطلان عقد مضاربه نیز می‌گردد.

ج) جریمه تأخیر (وجه التزام)

وجه التزام نوعی جریمه تأخیر تأدیه است که بر اساس شرط ضمن عقد دریافت شده و در واقع مجازاتی است که طرفین معامله در متن قرارداد تعیین می‌کنند. بیشتر فقها در رابطه با مسئله جریمه تأخیر قائل به عدم مشروعیت آن است. گرفتن مبلغی مازاد بر اصل بدهی را تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه غیر مشروع دانسته‌اند بنابراین مازادی که در عقد مضاربه بابت تأخیر بازگشت سود و سرمایه به صاحب سرمایه به عنوان جریمه تأخیر جایز نیست.

آیت‌الله سید محمدکاظم یزدی معتقد است که خسارت تأخیر تأدیه قبل از سررسید و بعد از آن در ضمان بدهکار نیست؛ هر چند که وی توانایی پرداخت داشته و طلبکار نیز دین را مطالبه کرده باشد (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۱: ص ۲۷۸).

همین‌طور آیت‌الله سیستانی و آیت‌الله بهجت معتقدند که دریافت جریمه تأخیر جایز نیست (سیستانی، پاسخ به نامه شماره ۱۳/۶۱۹/۵۶ د مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۴ بهجت، استفتای شماره ۵۶۹۰ مورخ ۱۳۷۹/۴/۴). امام خمینی در پاسخ به سؤالی درباره شخصی که ضمن عقد قرض، درباره قدرت خرید شرط ضمان کرده، می‌نگارد: «شرط مذکور نافذ نیست و همان مبلغی را که قرض گرفته، ضامن است و قدرت خرید پول در این مسئله اثر ندارد» (امام خمینی، ۱۳۷۵، ج ۲: ص ۲۹۱۲۹۰).

دینی که مدیون، از پرداخت آن خودداری می‌کند و طلبکار خسارت دیرکرد را می‌طلبد، گاه ناشی از عقد قرض است و گاه از عقود دیگر سرچشمه می‌گیرد. تفاوت این دو در روایاتی است که در خصوص قرض وارد شده و هرگونه شرطی در خسارت تأخیر تأدیه را که به نفع قرض‌دهنده باشد، حرام اعلام می‌کند. به همین دلیل بیشتر بر این باورند که خسارت تأخیر تأدیه حتی اگر به صورت شرط ضمنی عقد قرض درآید، باز حرام و نامشروع است؛ زیرا مفاد این شرط، نفعی را به صورت معلق به قرض‌دهنده باز می‌گرداند (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ص ۳۵۶-۳۵۷).

۳. بررسی فقهی قرارداد مضاربه در الگوی بانکداری اسلامی

یکی از ابزارهای فقهی که در بانکداری اسلامی استفاده می‌گردد عقد مضاربه است. بانک‌های اسلامی که با مشتریان خودش قرارداد مضاربه را منعقد می‌کنند، با وضع شروط متعدد، عقد مضاربه را به نفع خودش تبدیل می‌کنند و عقد مضاربه را از ماهیت خودش به عقود مانند قرض و... تبدیل می‌کنند، چنانکه این مسئله در قراردادهای متحدالشکل بانکداری ایران و افغانستان قابل مشاهده هست. البته به دلیل اینکه بانک اسلامی افغانستان فقط به عنوان عامل اقدام به فعالیت می‌کند لذا شرطی را وضع می‌کنند که در صورت خسارت بانک، بانک مسئولیت ندارد و این شرط مطابق با ماهیت عقد مضاربه است.

اما قرارداد بانکی ایران به دلیل اینکه بانک رب المال است، لذا برای مضاربه شروط متعددی را وضع می‌کند که از چهار جهت این گونه قراردادها می‌تواند اشکال شرعی داشته باشد که در ذیل این مسائل بررسی می‌گردد:

۱-۳. جریمه تأخیر دین

بانک‌ها در ماده ۱۰ قرارداد متحدالشکل مضاربه تصریح می‌کنند که عامل متعهد گردیده است که در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک/مؤسسه اعتباری، باید علاوه بر وجوه تأدیه نشده اصل سرمایه و سود، مبلغی را به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین پرداخت نماید.

همین طور بانک در ماده ۱۲ قرارداد متحدالشکل مضاربه تصریح به دین می‌کند که در

صورت فسخ معامله توسط بانک باید فوراً به عامل اطلاع‌رسانی گردد و در غیر این صورت، اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه دین مذکور در ماده ۱۰ و خسارات مذکور در مداد ۱۱ و ۱۲ از ضامن/ضامنین و وثیقه‌گذار/گذاران، امکان‌پذیر نخواهد بود. این‌گونه عبارت در قرارداد نشان می‌دهد که بانک طبق این قرارداد اصل سرمایه را تبدیل به دین نموده و سپس بابت دیرکرد در بازپرداخت اصل دین و فرع آن باید جریمه تأخیر دریافت نماید. درحالی که طبق نظریه اکثر فقها گرفتن جریمه تأخیر جایز نیست و ربا است.

۲-۳. شرایط غیرمنصفانه

بانک‌ها به دلیل داشتن موقعیت برتر در ضمن قرارداد، شرایطی را بر عامل تحمیل می‌کنند که طبق این شرایط بانک‌ها به عنوان رب المال از خود سلب مسئولیت می‌کنند و تمام مسئولیت را به گردن عامل می‌اندازد. همین‌طور اگر بانک‌ها به عنوان عامل عمل کنند چنانچه در قراردادهای مضاربه بانک اسلامی افغانستان آمده است بانک تصریح می‌کند که عامل ضامن تلف شدن و خسارت وارده بر سرمایه صاحب مال نیست. وضع این‌گونه شرایط آثار و پیامدهای متعددی را به دنبال دارد؛ مانند:

- ایجاد پیچیدگی در قرارداد مضاربه
- نفی مسئولیت از سوی رب المال

اولاً، در این حالت بانک به عنوان رب المال هیچ مسئولیتی در مورد خسارت، هزینه‌های مربوط به مورد مضاربه ندارد.

ثانیاً، بانک با وضع شرایط در ضمن عقد مضاربه از طرق مختلف سود خود را تضمین نموده است مانند دریافت جریمه تأخیر، مشارکت در سود مورد توافق، استفاده از فواید مترتب بر موضوع مضاربه در سود تحقق یافته. البته اگر بانک به جای مضارب بودن، عامل می‌بود، قطعاً چنین شرایط را قبول نمی‌کرد و حاضر به قبول چنین سرمایه‌گذاری نمی‌شد.

ثالثاً، بانک بر اساس تبصره ماده ۹ قرارداد متحدالشکل: «مانده مطالبات مندرج در دستورالعمل محاسباتی این ماده شامل مانده از اصل سرمایه مضارب به پرداختی بانک/مؤسسه اعتباری به علاوه فواید مترتب بر آن می‌باشد که عامل ضمن عقد خارج لازم تقبل نموده و

ملزم به پرداخت آن گردید».

این تبصره نشان می‌دهد که بانک به اضافه سود سرمایه‌گذاری، مالک فواید مترتب بر سرمایه هم هست. پس طبق این تبصره معلوم می‌شود که اصل سرمایه در ملکیت بانک است، درحالی‌که شروط دیگر نشان می‌دهد که اصل سرمایه در ملکیت بانک نیست بلکه در ملکیت عامل است و عامل ضامن است.

در ماده ۱۱ قید شده است که اگر خسارتی در عقد مضاربه صورت گرفت، گذشته از اینکه مضارب خسارت را پرداخت کند، میزان خسارت وارده را بانک تعیین می‌کند، نه عامل و فرد ثالث. این شرط هم مخالف مقتضای عقد مضاربه است که صرف اظهار بانک در مورد میزان خسارت وارده، معتبر بوده و عامل طبق ماده ۴ حق هرگونه ایراد و یا اعتراض را در این مورد از خود سلب و اسقاط نموده است و حق فسخ ندارد. طبق ماده ۱۱ بانک حدود ۶ درصد میزان خسارت را معرفی می‌کند و از عامل دریافت می‌کند.

۳-۳. ضمان عامل

بانک مرکزی ایران در قرارداد متحدالشکل در قالب ماده ۸ تصریح می‌کند، در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگر متعهد گردیده؛ اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/مؤسسه اعتباری منظور نماید. درحالی‌که طبق قرارداد فقهی مضاربه، عامل ضامن تلف شدن و خسارت وارده بر سرمایه نیست؛ البته در صورتی که در حفظ و مراقبت سرمایه و سرمایه‌گذاری کوتاهی نکرده باشد؛ چون ید عامل، ید امانت است. علاوه بر این میزان خسارت وارده را بانک تعیین می‌کند و عامل از خود هرگونه حق اعتراض را سلب نموده است.

۳-۴. تبدیل عقد جایزه به لازم

طبق ماده‌های ۴ و ۹ در قرارداد متحدالشکل قرارداد مضاربه، عامل حق فسخ ندارد و این مسئله باعث تبدیل شدن عقد مضاربه به یک قرارداد جایزه هست، به عقد لازم می‌گردد. ماده ۴: عامل ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و اسقاط نموده است.

ماده ۹: چنانچه به تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری، عامل، بنا به دلایلی خارج از اراده، قادر به انجام موضوع قرارداد و یا اتمام آن نباشد؛ بانک/ مؤسسه اعتباری می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد حاضر اقدام نماید. در این صورت عامل مکلف به بازپرداخت سرمایه مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک/ مؤسسه اعتباری از سود مکتسبه می‌باشد.»

از آنجا که عقد مضاربه عقدی است که با رضایت طرفین انجام می‌گیرد و این حق برای طرفین محفوظ است. همین‌طور در عقد مضاربه اصل بر این است که عقد مضاربه بر طرفین ملزم نیست و هر یکی از دو طرف حق فسخ آن را دارند، مگر در دو صورت که حق فسخ، آنجا ثابت نمی‌شود:

الف) هنگامی که مضارب کار را شروع کرده باشد، عقد مضاربه لازم می‌گردد تا هنگام تسویه حساب حقیقی یا حکمی.

ب) هر وقت طرفین برای مدت مضاربه باهم اتفاق کردند، پایان دادن آن قبل از موعد حق هیچ‌کس نیست، مگر هردو طرف باهم توافق کنند (یزدی، ۲۰۱۶: ص ۲۳۸ - ۲۳۹).

دلیل اینکه عقد مضاربه غیر ملزم است، این است که عامل در مال غیر با اجازه وی تصرف می‌کند و مانند وکیل می‌ماند و وکالت عقد غیر لازم است (یزدی، ۲۰۱۶: ص ۲۴۸). دلیل اینکه اگر عامل شروع به کارکرد، نمی‌تواند فسخ کند، این است که فسخ بعد از کار هدف و مقصد طرفین را ضایع می‌گرداند که همان سود و ربح هست، یا اینکه منجر به از بین رفتن تلاش و زحمت مضارب می‌گردد (یزدی، ۲۰۱۶: ص ۲۳۸ - ۲۳۹).

نتیجه‌گیری

مضاربه یکی از ابزارهای مشارکت است که امروزه در بسیاری کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرد. عقد مضاربه یک عقد جایز هست که دو طرف یعنی رب‌المال و عامل حق فسخ را دارند و اگر احياناً خسارتی بر اصل سرمایه و مال وارد گردید خسارت بر عهده رب‌المال می‌باشد؛ اما بانک‌ها به صورت یک طرفه شرایطی را وضع می‌کنند که اولاً باعث پیچیدگی قرارداد مضاربه می‌گردد و ثانیه ماهیت قرارداد مضاربه را تغییر می‌دهد و شرایط خلاف ماهیت عقد وضع می‌کنند. چنانکه بانک اسلامی افغانستان یا همان باختر بانک سابق

تسهیلاتی را که در قالب مضاربه برای مشتریان خود فراهم می‌کند فقط به‌عنوان عامل این سهولت را فراهم می‌سازد؛ باینکه طبق ماهیت قرارداد مضاربه خسارت وارده بدون تعدی مربوط به رب‌المال است اما بانک اسلامی اکیداً این شرط را می‌آورد که در صورتی بروز خسارت بر مال، خسارت از صاحب مال یعنی مشتری است.

اما بانک‌های ایران بیشتر به‌عنوان رب‌المال، سرمایه را در اختیار مشتریان خود قرار می‌دهد و لذا شرایط فراوانی را نیز بر مشتریان تحمیل می‌کند که برخی این شرایط مخالف مقتضای عقد مضاربه است و از نظر شرعی جایز نیست؛ مانند جریمه تأخیر، ضمان عامل، شرایط سلب حق فسخ از سوی عامل و شرایط تعیین خسارت از سوی بانک و شرایط دیگر که به‌عنوان شرایط غیر منصفانه بیان گردیده است.

در نهایت این‌گونه شرایط باعث عدم استقبال مردم در استفاده از عقود شرعی گردیده است و پیچیدگی‌های زیادی را به وجود آورده و ماهیت عقود شرعی را تغییر داده است.

پیشنهادهای

۱. یادگیری آداب تجارت و سرمایه‌گذاری

در اسلام یکی از موارد تأکید، یادگیری آداب تجارت و کسب‌وکار، قبل از شروع کار و تجارت است؛ بنابراین یادگیری آداب تجارت و کسب‌وکار به‌عنوان تخصص و مهارت امروزه در ادبیات اقتصادی نیز مورد تأکید است.

تخصص مهم‌ترین و مؤثرترین عنصر در اجرای صحیح عقود مشارکتی است. اجرای صحیح عقود مشارکتی مستلزم تحلیل و انتخاب صحیح پروژه‌های سرمایه‌گذاری است؛ لذا باید اقدامات لازم و کافی جهت آموزش کارکنان و اطلاع‌رسانی و آشناسازی مردم با این قانون، صورت گیرد.

۲. نظارت مستمر

نظارت و مدیریت مستمر بر روند اجرای پروژه‌ها و در نهایت محاسبه و تعیین سود واقعی مشارکت نیز نیازمند دانش و تخصص مرتبط است.

۳. سهیم شدن واقعی بانک‌ها

از سوی دیگر سهیم شدن واقعی بانک‌ها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت، مستلزم همراهی نزدیک با طرح‌های مشارکتی است و این مسئله نیز سبب می‌گردد که بانک‌ها شروط کمتری بگذارند و عقود مشارکتی هم مورد اقبال مردم قرار گیرد.

۴. سادگی ضوابط و مقررات

پیچیده بودن ضوابط و مقررات مربوط به شناسایی ماهیت و قوانین مربوط به عقود مشارکتی از دیگر موارد عدم اقبال مردم به استفاده از عقود مشارکتی است.

۵. سرمایه‌گذاری بلندمدت

معمولاً از عقود مشارکتی در پروژه‌های کوتاه‌مدت و میان‌مدت مثلاً تا یک سال استفاده می‌گردد. لذا اگر در پروژه‌های بلندمدت استفاده شود قطعاً سودآوری بیشتری خواهد داشت و تحلیل‌های بیشتر صورت خواهد گرفت.

فهرست منابع و مآخذ

۱. ابن ادريس حلی، محمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، دوم.
۲. ابن حمزه، محمد، (۱۴۰۸)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: مكتبة آية الله المرعشی النجفی، اول.
۳. ابواسحاق، برهان الدين بن محمد، (۱۴۲۱)، المبدع فی شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلمية.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۸)، المكاسب، ۶، قم: مجمع الفكر الإسلامی، اول.
۵. باقری پور، نرگس، (۱۳۹۲)، مبانی لزوم و جواز در قراردادها، ماهنامه كانون سردفتران.
۶. بهجت، محمدتقی، استفتای شماره ۵۶۹۰ مورخ ۱۳۷۹/۴/۴.
۷. پیری، یوسف ابدی، چنگیزی راد، محمد، (۱۳۹۳)، فصلنامه علمی تخصصی جبل المتین، شماره ششم.
۸. تقی زاده، ابراهیم، احمدی، افشین، (۱۳۹۴)، جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک، فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، سال سوم، شماره دهم.
۹. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۲۴)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بيروت: دارالكتاب العلمیه، چاپ دوم.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مضاربه، تهران: کتابخانه گنج دانش، اول.
۱۱. جعفری، مجدمحمد، ابدی پگاه، علی، (۱۳۹۶)، شرط لزوم در عقود اذنی با تأکید عقد مضاربه، فصلنامه دیدگاه های حقوقی شماره های ۷۷ و ۷۸.
۱۲. حاجیان محمدرضا و دیگران (بی تا)، موانع و اجرای عقود مشارکتی در سیستم بانکی، پروژه مطالعاتی پژوهشکده پولی و بانکی.

۱۳. حسینی عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج، (بی‌تا)، کنز الفوائد، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۴. خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، دوم.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۰۹)، مبانی العروة الوثقی، قم: منشورات مدرسة دارالعلم.
۱۶. سیستانی، علی، پاسخ به نامه شماره ۱۳/۱۹/۶/۵۶ د مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۴ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی.
۱۷. شریف کاشانی، حبیب‌الله، (۱۴۰۴)، تسهیل المسالك إلى المدارک فی رؤس القواعد الفقهيہ، قم: المطبعة العلمیہ، اول.
۱۸. صفار، محمدجواد، (۱۳۷۷)، نقد و تحلیل حقوقی پیرامون ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب، مجله مفید.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، العروة الوثقی مع التعليقات، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۰. کریمی، عباس، مرادی، یاسر، (۱۳۹۴)، سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، سال اول، شماره ۱.
۲۱. صالح حمید، علی، (۱۴۱۴)، المؤسسات المالية الإسلامية، دمشق: مرکز الانتشارات الاقتصاد الاسلامی.
۲۲. کرکی (محقق)، علی، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.
۲۳. کریم تقی‌زاده، ابراهیم، (۱۳۸۹)، حقوق حمل و نقل دریایی، تهران: انتشارات مجدی.
۲۴. کریمی، عباس، (۱۳۸۸)، نگاهی نوبه مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد بر منهج عدل، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲۵. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، (۱۳۹۲)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، دوم.
۲۶. مرادی، یاسر، (۱۳۹۶)، مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)، مجموعه مقالات اولین گردهمایی بانکداری و تامین مالی اسلامی.
۲۷. مرداوی، علی بن سلیمان بن احمد، (۱۳۱۶)، الانصاف، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، سوم.
۲۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۱۲)، فقه المضاربه، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ اول.
۳۰. موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
۳۱. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۹۱)، کتاب البیع، نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۳۲. -----، (۱۳۷۵)، استفتائات، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی.
۳۳. -----، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۴. -----، (۱۴۲۰)، تحریر الوسیله، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، هشتم.
۳۵. موفق الدین، عبد الله بن احمد بن قدامه، (۱۴۰۵)، المغنی، بیروت: دارالاحیاء.
۳۶. نائینی، میرزا محمدحسین غروی، (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمدیه.
۳۷. نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۱)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۸. نوری، میرزا حسین، (بی تا) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت.
۳۹. یزدی، محمدکاظم، (۲۰۱۶)، هیئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معاییر الشرعیه، للمؤسسات الماليه الاسلامیه.
۴۰. <https://meratmag.ir>