

بررسی شرایط صحت شروط ضمن عقد مضاربه در

بانکداری اسلامی

محمد جان رحمانی^۱

چکیده

بر اساس دستورات دینی شرط اصلی موفقیت به‌کارگیری ابزارهای سرمایه‌گذاری اسلامی، اعتماد متقابل به همدیگر و مهارت عامل و کارگزاران است. لذا در اسلام تأکید شده که قبل از اقدام به تجارت، باید اقدام به یادگیری احکام و آداب آن شود و مکلفین، به انجام احکام شرعی در انجام سرمایه‌گذاری و تجارت متعهد باشند؛ اما امروزه به دلیل نادیده گرفتن مسئله یادگیری و رعایت احکام تجارت، متأسفانه اعتماد متقابل کمرنگ شده است. به همین دلیل بانک‌ها در قراردادهای اسلامی شرایطی را وضع می‌کنند که نوعاً از نظر فقها خلاف مقتضی عقد تلقی می‌گردد و باعث پیچیدگی در قرارداد می‌شود و درنهایت شرایط نابرابری را به نفع بانک و به ضرر مشتری ایجاد می‌کند. لذا در این تحقیق سعی شده که با روش توصیفی-تحلیلی قرارداد مضاربه که از ابزارهای رایج در بانکداری اسلامی در اکثر کشورهای اسلامی مخصوصاً افغانستان و ایران است، مورد بررسی فقهی قرار گیرد. در قرارداد بانکی افغانستان «بانک اسلامی افغانستان» در قرارداد خود سعی می‌کند به‌عنوان عامل، سرمایه‌های مردم را در قالب عقد مضاربه دریافت کند. با وجودی که ماهیت عقد مضاربه، ایجاب می‌کند که خسارت وارده احتمالی از صاحب سرمایه باشد، بانک اسلامی افغانستان به‌عنوان عامل بر این شرط تأکید دارد که خسارت احتمالی از رأس المال و سود سرمایه باشد؛ اما در قرارداد بانکی ایران به دلیل اینکه بانک رب‌المال و مشتری عامل است، شروطی متعددی گذاشته‌اند که برخی آنان از نظر فقها خلاف مقتضی عقد است؛ مانند شرط ضمان عامل، سلب حق فسخ قرارداد از سوی عامل و دریافت جریمه تأخیر و... درمجموع بانک‌ها وقتی از قرارداد مضاربه استفاده می‌کنند تلاش دارد که به‌صورت یک انبه شروطی را وضع کنند که به نفع بانک باشد.

کلیدواژه‌ها: عقد مضاربه، بانکداری اسلامی، قرارداد مضاربه، شروط مضاربه، شروط ضمن عقد

۱. کدر علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان

مقدمه

در مورد نحوه استفاده از ابزارهای سرمایه‌گذاری در کشورهای اسلامی تفاوت‌های وجود دارد. برخی کشورهای اسلامی مانند مالزی بیشتر از ابزارهای کفاله و حواله استفاده می‌کنند و برخی مانند اردن، عربستان سعودی و امارت متحده عربی از ابزار استصناع استفاده می‌کنند. (مهدی زاده و همکاران، ۱۳۹۱: ۳۰) در این میان ابزار مضاربه تنها قراردادی است که در تمامی کشورهای اسلامی، مورد استفاده قرار می‌گیرد. (همان: ۲۹)

آمارهای که از سوی بانک مرکزی ایران منتشر شده نشان می‌دهد که بانک‌های غیردولتی، تمایلی برای حضور در این قرارداد ندارند، حتی مبالغی که به قرارداد مضاربه تخصیص داده‌اند، هر سال کمتر می‌شود. برای مثال در سال ۱۳۹۳ رقمی که به این قرارداد تخصیص داده شد، ۱۱/۲ هزار میلیارد تومان بوده و در سال ۱۳۹۷ به ۸/۴ هزار میلیارد تومان رسیده است که در طی این ۵ سال از اعتبارات تخصیص داده شده ۲/۸ 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 ۱۸/۶ درصد و اعطای تسهیلات در سرمایه‌گذاری مستقیم، منفی ۱۳/۷ درصد بوده است. (<https://meratmag.ir>)

بنابراین موارد ذیل می‌توانند به عنوان مهم‌ترین دلایل عدم اقبال مردم به عقود مشارکت مطرح شود:

۱. پیچیدگی قراردادهای مشارکت؛ مثلاً قرارداد متحدالشکل مضاربه بانکداری ایران، تنها ۲۸ ماده دارد و دارای ۲۶ زیرمجموعه در قالب تبصره است. بنابراین قراردادهای مشارکت به دلیل زیاد بودن بندها و زیربندهای آنها مردم و مشتری حتی فرصت خواندن آن را ندارند تا فهمیدن و درک آن.

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



می اندازد.

۳. تبدیل عقود مشارکت به قرض؛ با افزودن شروط متعدد تحت عنوان شروط اصلی و ضمن عقد و انجام عقود خارج لازم عملاً عقود مشارکت را تبدیل به قرض می کند. با وضع شروط متعدد تنها رقمی که از عقود مشارکت باقی می ماند، همان تقسیم و تسهیم سود است.

۴. سوءاستفاده بانک ها؛ بانک ها به دلیل اینکه همواره حالت برتری دارد، نسبت به مشتریان مشارکتی خود سوءاستفاده می کند؛ مثلاً در عقود مضاربه اگر بانک به عنوان عامل از سرمایه مشتری استفاده کند، قطعاً چنین شروطی را وضع نخواهد کرد. چنانکه در قرارداد مضاربه «بانک اسلامی افغانستان» بانک به عنوان عامل شروط را به نفع خود قرار می دهد و شرط می کند که بانک مسئولیت خسارت وارده را ندارد.

۱. مفهوم مضاربه

مضاربه از عقود مشارکتی، بین مضارب و عامل است. در این عقد، شراکت در قالب مضاربه بین بانک و شخص (حقیقی و حقوقی) دیگر، منعقد می گردد و شامل بخش بازرگانی و سایر بخش های اقتصادی مانند کشاورزی، صنعت و معدن می گردد و قابل اجرا است. در این قرارداد بانک به عنوان مضارب (رب المال)، تأمین کننده وجه مورد لزوم (سرمایه مضاربه) و طرف دیگر قرارداد به عنوان عامل و کارگزار عهده دار انجام کلیه امور مربوط به موضوع قرارداد مضاربه است. سود حاصل از انجام معامله موردنظر، بین بانک و عامل در پایان کار، بر اساس توافق اولیه تقسیم می شود. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۱: ۵۷۷)

اگر در قرارداد مضاربه زمان تعیین نشود، مضاربه می تواند تا هر زمانی استمرار داشته باشد؛ اما در بانک ها مطابق آیین نامه اجرایی، حداکثر مدتی که سرمایه مضاربه می تواند 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. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۱: ۵۸۱) مطابق قانون، بانک ایران 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 باید اطلاعاتی مانند موضوع مضاربه، میزان سرمایه لازم برای مضاربه موردنظر، 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 که متقاضی برای تضمین حسن اجرای قرارداد به بانک می‌سپارد را در اختیار بانک بگذارند. بانک با بررسی اطلاعات مذکور و تعیین میزان کل سرمایه موردنیاز 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)

۲. احکام فقهی مضاربه

۱. مضاربه یک قرارداد دوطرفه 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 خسارت‌ها جبران می‌شود و اگر چیزی از سود باقی ماند، تقسیم می‌شود.
۴. اگر مالک و عامل بعد از آنکه 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 نسبت به آن مصالحه کنند و چیزی اضافه از یکدیگر نگیرند.

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

۳. عقد مضاربه

۳-۱. ضوابط مورد عمل در عقد مضاربه

در ذیل به برخی از ضوابطی که طبق قانون بانکداری ایران 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) باید به نفع بانک، کالای مورد مضاربه را بیمه نماید؛
۳. عامل نوع تجارت را می تواند به صورت آزادانه انتخاب کند؛ اما قادر به انتخاب معاملات پرریسک نیست.

۳-۲. موارد انحلال عقد مضاربه

طبق ماده ۵۵۰ و ۵۵۱، بانکداری ایران، در صورتی امکان انحلال قرارداد است 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. در صورتی که هرکدام از طرفین دچار سفته یا جنون یا فوت شود؛
۴. در صورتی که مالک مفلس شود؛
۵. در صورتی که تمام سرمایه و سود تباه شود؛
۶. در صورتی که عدم امکان تجارتي که در قرارداد ذکر شده است، باشد.

۴. شروط ضمن عقد مضاربه

یکی از مهم‌ترین مباحث 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 می‌کنند. 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، موارد سه‌گانه ذیل است:

الف. 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 نیست (موسوی خویی، ۱۴۰۹، ۲: ۴۲) و گفته‌اند تعلیق به عمل برگشت می‌کند؛ بدین معنا 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. به تعبیر دیگر در این مورد، منشأ معلق است نه انشای عقد. (الانصاری، ۱۴۱۹، ۶: ۱۵)

ب. 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 میباید و بایع مالک ثمن می‌شود. حال اگر در بیع، شرط شود که میباید 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. اگر 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 قواعد الاحکام این نوع شرط را باطل دانسته است. (کریمی، ۱۳۸۸: ۳۷۸)

ج. مراد از مقتضای عقد را می‌توان مقتضای اطلاق عقد دانست. مقتضای اطلاق عقد، چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود- یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان یا زمان - مقتضی آن است. (الغروی النائینی، بی‌تا، ۲: ۴۶؛ الأنصاری، ۱۴۱۹، ۶: ۱۵) برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه اختیارات نیز حسب مورد به وجود آید. شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست.

۵. شروط ضمن عقد مخالف با مقتضای عقد مضاربه

برخی بانک‌ها به دلیل موقعیت برتر از موضع ضعیف مشتریان با وضع شرایط ضمن عقد، سوءاستفاده کرده و شرایطی را بر مشتریان تحمیل می‌کند. لذا این نوع شرایط که در ضمن عقد مضاربه واقع می‌شود، به‌عنوان شرایط تحمیلی مخالف با مقتضای عقد مضاربه خواهد بود. در این میان به برخی از شرایط ضمن عقد که مخالف عقد مشارکتی مخصوصاً مضاربه قرار می‌گیرد به‌صورت ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۵-۱. شرایط غیرمنصفانه

بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی «منظور از شروط غیر منصفانه، شروط تحمیلی است که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی، یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می‌کند»؛ (کریمی، ۱۳۸۸: ۷۰) زیرا 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 در زمره شروط غیر منصفانه است.

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

اگرچه از نظر فقهی، شرط در قالب عقد لازم، بدون اشکال است. به همین دلیل است که بانک‌ها توسط شروطی ضمن عقد مضاربه، زیان‌های احتمالی را به گردن عامل می‌اندازد و خود به عنوان رب المال، هیچ مسئولیتی در مواقع 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 می‌شوند. از طرف دیگر توسط عقد خارج لازم، عامل را مجبور می‌کند که جریمه تأخیر پرداخت کند. بنابراین مشهور از فقها استفاده از شروط عدم مسئولیت بانک‌ها را در این زمینه شروط غیر منصفانه می‌دانند که بانک‌ها از شرایط مشتریان خود سوء استفاده می‌کنند. لذا این‌گونه شروط از نظر آنان از مصادیق شروط خلاف مقتضی و ماهیت عقد مشارکت مضاربه نیز است.

چنانکه در برخی منابع شرط ضمان عامل مضاربه را نوعی درآمد بدون مخاطره برای صاحب سرمایه می‌داند، در حالی که سرمایه در اختیار فرد عامل است و صاحب سرمایه مانند ربا گیرنده است. 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. صحیحه محمد بن قیس نیز



بیانگر این واقعیت است که اگر شرط ضمان عامل خلاف مقتضی قرارداد مضاربه باشد، ظالمانه است. عن ابی جعفر^(ع) فی حدیث عن علی^(ع) قال: «من ضَمَّن تاجراً فلیس له الا رأس ماله ولیس له من الربح شیء». (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳، ۱۹، ۲۲)؛ اما باقر از امام علی علیهما السلام نقل می‌کند که هرگاه تاجر (عامل) ضمانت سرمایه را نماید، صاحب سرمایه فقط صاحب رأس المال خود است و تمام سود حاصله، مربوط به عامل است.

۵-۲. ضمان عامل

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

بنابراین اگر خسارت وارده هنگام تسویه حساب بیشتر از سود 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 نگرفته باشد. اگر مخارج و هزینه‌ها به اندازه درآمد بوده باشد، ربّ المال فقط رأس المال خود را تحویل می‌گیرد و باز هم بر مضارب چیزی نیست و اگر سودی حاصل شد، طبق قراردادی که بین طرفین وجود دارد، توزیع می‌گردد. (ر.ک. هیئة المحاسبة...، ۲۰۱۶: ۲۴۰)

بنابراین در این قرارداد که بین بانک به عنوان ربّ 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 می‌گردانند 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 وارده را به عهده عامل می‌اندازد در حالی که اصل در مضاربه این است که خسارت به عهده صاحب مال (رب‌المال) است و برای عامل (مضارب) در این خسارت و زیان چیزی تعلق نمی‌گیرد، البته تا زمانی که مقصر نباشد». (العلی، ۲۰۰۸: ۲۸۸)

بنابراین در این زمینه دو دیدگاه مطرح است؛ یکی دیدگاه بطلان شرط ضمان عامل و دیگری دیدگاه صحت شرط ضمان عامل در ضمن عقد.

۵-۲-۱. دیدگاه بطلان شرط ضمان عامل در ضمن عقد

برخی از فقها به بطلان شرط ضمان عامل معتقدند. جمهوری از علمای اهل سنت، شرط ضمان عامل را باطل و خسارت را بر رب‌المال می‌دانند، ولی عقد مضاربه صحیح است. (العلی، ۲۰۰۸: ۲۸۹) همین‌طور برخی از فقهای اهل تشیع نیز این شرط را باطل می‌دانند و دلایل بطلان آن را به‌صورت ذیل بیان می‌کنند:

الف. مخالفت شرط ضمان با امین بودن عامل: امانت از ویژگی‌ها و احکام مشترک عقود مضاربه، مزارعه و مساقات است که این امر بی‌ارتباط با ماهیت مشارکت‌گونه آن‌ها نیست؛ زیرا در این عقود، عامل به‌منزله شریک مأذونی است که مال الشریکه در دست وی است و از جمله احکام مربوط به شرکت، امانی بودن ید شریک است؛ زیرا 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 است، باشد؛ اما قاعده فقهی «ما علی الامین الا الیمین» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲: ۲۸۷) که از روایت معروف «لیس علی الامین الا الیمین» و خبر «لیس علی المؤتمن ضمان» و «ما علی الامین الا الیمین» (نوری، ۱۴۰۸، ۱۴: ۱۶) گرفته شده است و معنای آن این است که هیچ‌چیزی جز سوگند بر امین نیست. همین‌طور در روایت محمد بن مسلم نیز ضمان عامل را به‌عنوان فرد امین، باطل می‌داند: «عن ابی جعفر^(ع) قال سأله عن الرجل يستبضع المال فیهلک



او یسرق أعلی صاحبہ ضمان؟ فقال لیس علیہ غرم بعد أن یکون الرجل امیناً؛ از اما صادق^(۲) در مورد تاجری پرسیدم که با مالی تجارت می‌کند و گاهی مالش از بین می‌رود و ضرر می‌کند؟ آیا این تاجر عامل، ضامن است؟ امام فرمود: نه خیر؛ زیرا این تاجر امین بوده است». (حر عاملی ۱۴۰۹، ۱۹: ۲۱)

بنابراین طبق قاعده و روایت‌های فوق، اگر مال مورد امانت نزد امین تلف یا ناقص یا معیوب شود، هیچ‌گونه مسئولیت و ضمانی متوجه امین نیست. با این استدلال بسیاری از فقیهان شرط ضمان عامل در مضاربه را مخالف مقتضای عقد می‌دانند که از آن جمله علامه حلی در قواعد (حلی، ۱۴۱۳، ۲: ۳۳۱) و محقق کرکی در جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۱۴: ۸: ۵۴) هستند.

ب. مخالفت شرط ضمان عامل با مقتضای ملکیت: طبق نظر بزرگانی مانند محقق نائینی، حقیقت ملکیت مال، باعث می‌شود تا زیان 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 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 اولاً این روایت در جوامع روایی شیعی نقل نشده است. فقط در عوالی النالی آمده 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. چرا که بر اساس این نظریه، مالک باید همواره ریسک مال را خود بر عهده بگیرد و حق انتقال آن به غیر از راه ضمانت را نداشته باشد. این در حالی است که در بحث ضمانت فقهی و در بسیاری از قراردادها مانند بیمه، خدمت تضمین سرمایه قراردادی شرعی و عقلایی شمرده می‌شود.

ج. 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. یکی هم 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:

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

ب. انتقال سود و زیان سرمایه به قرض گیرنده؛

ج. 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 می شود 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 می دهد (ویژگی دوم). همین طور طبق این شرط سرمایه در اختیار عامل قرار می گیرد و وی حق تصرف و به کارگیری سرمایه را دارد (ویژگی اول).

بسیاری از فقیهان نیز شرط ضمان عامل را باعث تبدیل قرارداد به قرض می دانند. از آن جمله علامه حلی در قواعد (حلی، ۱۴۱۳، ۲: ۳۳۶) و ابن ادریس در سرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۰۹) و دیگران مانند ابن حمزه (ابن حمزه، ۱۴۱۲: ۲۶۷) باور دارند که شرط ضمان عامل باعث تبدیل عقد مضاربه، به قرض می گردد. لذا رب المال نمی تواند سود دریافت کند.

۵-۲-۲. دیدگاه عدم بطلان شرط ضمان عامل

برخی از فقها مانند صاحب جواهر می فرمایند: «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 می شود که خسارت متوجه عامل نگردد. بنابراین اگر طرفین در ضمن عقد خود تصریح کرده و شرط کنند که زیانی متوجه سرمایه نشود، شرطی بر خلاف اثر طبیعی و مقتضای عقد نکرده اند، بلکه صرفاً به شرطی پایبند شده اند که با اطلاق قرارداد سازگار نیست و این چنین شرطی هم اشکال ندارد». (صفار، ۱۳۷۷: ۳۰)

این فقیه در جای دیگر می فرماید: «شرط ضمان مضارب، منافاتی با اینکه سرمایه، امانت در دست او است نیز نیست؛ زیرا در بسیاری از امانات، ید متصرف محکوم به ضمان است. مثل عاریه طلا و نقره یا عاریه ای که شرط ضمان شده است، بلکه حتی در بسیاری از صورت های مضاربه، ضمان عامل وجود دارد. در صورتی که بر عامل پرداخت مقداری از خسارت بر سرمایه شرط شود، نیز قضیه چنین است. بنابراین در

جميع این موارد که شرط مخالف با مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات، شرط صحیح است». (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶: ۳۲۴)

۶. تبدیل عقد جایز به عقد لازم

به‌طور کلی عقود یا لازم است 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 نیست. این نوع عقد با فوت و جنون و سفه هر یک از طرفین نیز از بین می‌رود؛ اما عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند بنا به اراده شخصی آن را منحل کند، 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 و 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 که 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 قائم‌مقام 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 فقهای اسلامی شکل گرفته است که ذیلاً بررسی می‌شود:

۳-۱. دیدگاه عدم جواز تبدیل عقد جایز به عقد لازم

مشهور از فقها معتقدند که تبدیل عقود جایز به عقود لازم جایز نیست. 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 و دلایل ذیل را اقامه می‌کنند:

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 و الا صرفاً یک وعده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶: 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 هستند.

ج. اولویت: برخی از فقها استدلال کرده‌اند، چون وفا به خود عقد واجب نیست، وفا به شرط ضمن آن نیز، به طریق اولی واجب نیست. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳: 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 می‌شود. شهید ثانی می‌فرماید: «قرض 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 جزء از عقد است و از آن بیشتر نیست». (عاملی، ۱۴۱۳، ۴: ۳۹۵)

ه. عدم وجود مانع در واجب بودن وفای به شرط در عقد جایز: در واجب بودن وفا به شرطی که در عقد جایز مشروط است، مانعی وجود ندارد. چنانکه در اکثر واجبات مشروط چنین است. مثل سفر که باعث شکسته شدن نماز می‌شود یا قصد اقامت ده روزه که باعث کامل شدن نماز است. بنابراین در عین اینکه سفر واجب نیست، شکسته شدن نماز واجب است. باید توجه داشت که وجوب وفای 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: ۸۴-۸۵)

ح. 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، ۲: ۶۰)

ط. مخالفت با حکم شارع و کتاب و سنت: برخی معتقدند این شرط در عالم خارج عملی نیست؛ 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. (موسوی خویی، ۱۴۰۹، ۱: ۴۲)

برخی فقهای اهل سنت در فقه حنبلی صراحتاً چنین شرطی را باطل می‌دانند و معتقدند شرط لزوم مضاربه یا شرطی عدم عزل در مدت معین، از جمله شروط فاسد و منافی مقتضای عقد است. (ابن قدامه، ۱۴۰۵: ۴۲) برخی فقها نیز در باب عقد شرکت شرطی را که طی مدت معین، عقد فسخ نشود را از جمله شروط فاسد می‌دانند. (ابواسحاق، ۱۴۲۱: ۱۶؛ المرداوی، ۱۳۱۶: ۴۲۴) شافعی‌ها نیز شرط لزوم را منافی مقتضای عقد می‌دانند. (حلی، ۱۴۱۴، ۱۷: 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 الزیلعی الحنفی، ۱۳۱۳، ۵: ۵۶) نتیجه اینکه دیدگاه و استدلال اکثر علما و فقهای مسلمان این است که شروطی که باعث تبدیل عقد جایز به عقد لازم گردد، باطل و فاسد است.

۲-۳. صحت شرط لزوم عقد

یکی دیگر از دیدگاه‌ها در این مورد این است که شرط لزوم باطل نیست و 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. عمومات صحت شروط: مهم‌ترین دلیل در این مورد، کلام پیامبر اکرم (ص) «المؤمنون عند شروطهم» در مورد شروطی است که مؤمنان با هم منعقد می‌کنند است که 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: 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 عقلا می‌داند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ۲: ۳) مسلماً اصل لزوم عقود از احکامی است که بین فقها به امضایی معروف است. شاهد مطلب اینکه فقها در بحث اصالة اللزوم، یکی از ادله اصالة اللزوم را بنای عقلا می‌دانند. لذا در مورد امضایی بودن حکم لزوم بحثی نیست؛ اما مسئله مهم مبنای حکم جواز است که امضایی است یا تأسیسی. برخی قائل به امضایی بودن لزوم و تأسیسی بودن جواز هستند. (باقری پور، ۱۳۹۱-۱۳۹۲: ۱۱۱-۱۱۲) با این استدلال که اصل اولی در تمامی معاملات لزوم بوده، ولی حکم جواز، تأسیس شارع بوده است؛ زیرا عرف عقلای معمولاً عاری از این دقت‌های علمی است که بین قراردادهایشان 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: 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 تعیین کننده دارد.

(محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲، ۱: ۵۷)

مضاف بر امضایی بودن جواز مضاربه، خصلت دیگر جواز این عقد (یا به طور کلی تر همه عقود اذنی) حقی بودن آن است. چنانکه برخی از فقها گفته‌اند، عقود را از باب لزوم و جواز می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: (نائینی، ۱۳۷۳، ۲: ۲) اول. عقودی که ذاتاً اقتضای لزوم می‌کنند؛ مثل نکاح و ضمان 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 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 صورت صحیح بودن شروط ضمن عقد، عقد مضاربه با شرط سلب فسخ از طرف عامل عقد مضاربه به عقد لازم تبدیل می‌گردد. و در صورت صحیح نبودن این گونه شروط باعث بطلان عقد مضاربه نیز می‌گردد.

۷. 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 و مراجع معظم تقلید 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. آیت الله سید



محمدکاظم یزدی معتقد است که «خسارت تأخیر تأدیه قبل از سررسید و بعد از آن در ضمان بدهکار نیست؛ هرچند که وی توانایی پرداخت داشته و طلبکار نیز دین را مطالبه کرده باشد». (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ۱: ۲۷۸) 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». (موسوی خمینی، ۱۳۷۵، ۲: ۲۹۰ - ۲۹۱) 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 قرض دهنده 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 قرض دهنده باز می‌گرداند. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸: ۳۵۶-۳۵۷)

۸. 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 خود قرارداد مضاربه را منعقد می‌کنند، با وضع شروط متعدد عقد، عقد مضاربه را به نفع خود تبدیل می‌کنند و عقد مضاربه را از ماهیتش به عقود مانند قرض و... تبدیل می‌کنند. چنانکه این مسئله در قراردادهای متحدالشکل بانکداری ایران و افغانستان قابل مشاهده است. البته به دلیل اینکه بانک اسلامی افغانستان فقط به عنوان عامل اقدام به فعالیت می‌کند، 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 در قرارداد بررسی

می‌گردد.

۸-۱. جریمه تأخیر دین

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

همین‌طور بانک در ماده ۱۲ قرارداد متحدالشکل مضاربه تصریح به دین می‌کند که در صورت فسخ معامله توسط بانک، باید فوراً به عامل اطلاع داده شود، «در غیر این صورت، اخذ وجه التزام تأخیر تأدیه دین مذکور در ماده ۱۰ و خسارات مذکور در مواد ۱۱ و ۱۲ از ضامن/ضامین و وثیقه گذار/گذاران امکان‌پذیر نخواهد بود». عبارت فوق 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. در حالی که طبق نظریه اکثر فقها، گرفتن جریمه تأخیر جایز نیست؛ زیرا ربا محسوب می‌شود.

۸-۲. 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 می‌اندازند. همین‌طور اگر بانک‌ها به عنوان عامل عمل کنند، چنانکه 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، پیامدهای متعددی را به دنبال دارد؛ مانند ایجاد پیچیدگی در قرار مضاربه و نفی مسئولیت از سوی رب المال. در این حالت بانک به عنوان رب المال، اولاً 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. البته اگر بانک به جای مضارب بودن، عامل می بود، قطعاً چنین شرایطی را قبول نمی کرد. ثالثاً بانک بر اساس تبصره ماده ۹ قرارداد متحدالشکل، آورده است: «تبصره: مانده مطالبات مندرج در دستورالعمل محاسباتی این ماده شامل مانده از اصل سرمایه مضاربه پرداختی بانک/ مؤسسه اعتباری به علاوه فواید مترتب بر آن است که عامل ضمن عقد خارج لازم تقبل نموده و ملزم به پرداخت آن شد».

این تبصره نشان می دهد که بانک به اضافه سود سرمایه گذاری، مالک فواید مترتب بر سرمایه هم است. پس طبق این تبصره معلوم می شود که اصل سرمایه در ملکیت بانک است در حالی که شروط دیگر نشان می دهد که اصل سرمایه در ملکیت بانک نیست، بلکه در ملکیت عامل است و عامل ضامن است.

در ماده ۱۱ قید شده که اگر خسارتی در عقد مضاربه صورت گرفت، گذشته از اینکه مضارب خسارت را پرداخت کند، میزان خسارت وارده را بانک تعیین می کند، نه عامل و فرد ثالثی. 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 و حق فسخ ندارد. طبق ماده ۱۱ بانک حدود ۶٪ میزان خسارت را معرفی کرده و از عامل دریافت می کند.

۸-۳. ضمان عامل

بانک مرکزی ایران در قرارداد متحدالشکل، در قالب ماده ۸ تصریح می کند که «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگر متعهد شده، اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور نماید».

در حالی که طبق قرارداد فقهی مضاربه، عامل ضامن تلف شدن و خسارت وارده بر سرمایه نیست در صورتی که در حفظ و مراقبت سرمایه و سرمایه گذاری، کوتاهی

نکرده باشد؛ زیرا 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.

۸-۴. تبدیل عقد جایزه به لازم

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

در عقد مضاربه اصل بر این است که عقد مضاربه بر طرفین ملزم نیست و هریکی از دو طرف حق فسخ آن دارد، مگر در دو صورت که حق فسخ، آنجا ثابت نمی‌شود: الف) وقتی مضارب کار را شروع کرده باشد، عقد مضاربه لازم می‌گردد تا هنگام لحظه تسویه حساب حقیقی یا حکمی. ب) هر وقت طرفین برای مدت مضاربه با هم اتفاق کردند، پایان دادن آن قبل از موعد حق هیچ‌کس نیست، مگر هر دو طرف با هم توافق کنند. (هیئة المحاسبة...، ۲۰۱۶: ۲۳۸ و 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. (همان: ۲۴۸) دلیل اینکه اگر عامل شروع به کار کرد، نمی‌تواند فسخ کند، این است که فسخ بعد از کار هدف و مقصد طرفین را ضایع می‌گرداند که همان سود و ربح است، یا اینکه منجر به از بین رفتن تلاش و زحمت مضارب می‌گردد. (همان)

نتیجه‌گیری

مضاربه یکی از ابزارهای مشارکت است که امروزه در بسیاری کشورها مورد استفاده



قرار می‌گیرد. عقد مضاربه یک عقد جایز است که طرفین آن (رب‌المال و عامل)، حق فسخ دارند و اگر احیاناً خسارتی بر اصل سرمایه و مال وارد شد خسارت از جیب رب‌المال است؛ اما بانک‌ها به صورت یک طرفه شرایطی را وضع می‌کنند که اولاً باعث پیچیدگی قرارداد مضاربه می‌گردد و ثانیاً ماهیت قرارداد مضاربه را تغییر می‌دهد و شرایط خلاف ماهیت عقد وضع می‌کنند. بانک اسلامی افغانستان، تسهیلاتی را که در قالب مضاربه برای مشتریان خود فراهم می‌کند، فقط به عنوان عامل این سهولت را فراهم می‌سازد با اینکه طبق ماهیت قرارداد مضاربه خسارت وارده بدون تعدی مربوط به رب‌المال است؛ اما بانک اسلامی باز تأکید دارد و این شرط را می‌آورد که در صورت بروز خسارت بر مال، خسارت از صاحب مال یعنی مشتری است؛ اما بانک‌های ایران بیشتر به عنوان رب‌المال، سرمایه را در اختیار مشتریان خود قرار می‌دهد. لذا شرایط فراوانی را نیز بر مشتریان تحمیل می‌کند که برخی از این شرایط، مخالف مقتضی 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 به عنوان شرایط غیر منصفانه بیان شده است. این گونه شرایط باعث عدم استقبال مردم در استفاده از عقود شرعی شده 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 کسب و کار، قبل از شروع آن‌ها است. این امر به عنوان کسب تخصص و مهارت امروزه نیز در ادبیات اقتصادی، مورد تأکید است. تخصص مهم‌ترین و مؤثرترین عنصر اجرای صحیح عقود مشارکتی است. اجرای صحیح عقود مشارکتی مستلزم تحلیل و انتخاب صحیح پروژه‌های سرمایه‌گذاری است. لذا باید اقدامات لازم و کافی برای 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. سهم شدن واقعی بانک‌ها: سهم شدن واقعی بانک‌ها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت، مستلزم همراهی نزدیک با طرح‌های مشارکتی است و این مسئله نیز سبب می‌شود 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 می‌شود. لذا اگر در پروژه‌های بلندمدت استفاده شود، قطعاً سودآوری بیشتری خواهد داشت و تحلیل‌های بیشتر صورت خواهد گرفت.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن حمزه، محمد، (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: مكتبة آية الله المرعشي النجفی.
۳. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد، (۱۴۰۵ق)، المغنی، بيروت: دارالاحياء.
۴. ابو اسحاق، برهان الدين بن محمد، (۱۴۲۱ق)، المبدع فی شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلمية.
۵. الانصاری، مرتضی، (۱۴۱۹ق)، المكاسب، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۶. باقری پور، نرگس، (۱۳۹۲-۱۳۹۱)، مبانی لزوم وجواز در قراردادها، ماهنامه كانون، سال پنجاه و چهارم، شماره ۱۳۸-۱۳۹، اسفند ۱۳۹۱ و فروردین ۱۳۹۲.
۷. 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 ۱۰.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۵)، مضاربه، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. حسینی عمیدی، سید عمید الدین، (۱۴۱۸)، کنز الفوائد، قم: دفتر نشر اسلامی.
۱۰. خوانساری، سیداحمد، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۱. شریف کاشانی، حبیب الله، (۱۴۰۴ق)، تسهیل المسالك إلى المدارک فی رؤوس القواعد الفقهیه، قم: المطبعة العلمیه.
۱۲. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۱ق)، البنك الإلربوی فی الاسلام، بيروت: دارالتعارف.
۱۳. صفار، محمدجواد، (۱۳۷۷)، نقد و تحلیل حقوقی پیرامون ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب، نامه مفید، شماره ۱۴، زمستان.



۱۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۸ ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۱۵. عاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، بی‌جا: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۶. العلی، صالح حمید، (۲۰۰۸)، المؤسسات المالية الإسلامية، دمشق: مركز الانتشارات الاقتصاد الاسلامی دارالنوادر.
۱۷. الغروي النائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ ق)، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
۱۸. فخرالدین الزیلعی الحنفی، عثمان بن علی، (۱۳۱۳ ق)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق.
۱۹. کرکی محقق، علی، (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل‌البيت^(ع).
۲۰. کریمی، عباس، (۱۳۸۸)، نگاهی نوبه مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد، بر منهج عدل، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. 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.
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ عبدی پور، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن، (۱۳۹۲)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت.
۲۳. المرداوی، علی بن سلیمان بن احمد (۱۳۱۶ ق)، الانصاف، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ ق، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین^(ع).
۲۵. مهدی زاده، سجاد؛ اکرمی، ابو الفضل؛ حاجیان، محمدرضا؛ شمس فخر، فرزانه، (۱۳۹۱)، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.



۲۶. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، (۱۴۲۱ق)، *فقه المضاربه*، قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید.
۲۷. موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهية*، قم: نشر الهادی.
۲۸. موسوی خمینی روح الله، (۱۳۷۵)، *استفتاات*، قم: انتشارات اسلامی.
۲۹. موسوی خمینی روح الله، (۱۳۷۹)، *تحریر الوسیله*، قم مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۰. موسوی خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۰۹ق)، *مبانی العروة الوثقی*، قم: منشورات مدرسة دارالعلم.
۳۱. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۲. نوری، میرزا حسین، (۱۴۰۸)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت: بی نا.
۳۳. هیئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (۲۰۱۶م)، *معايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية*، منامه (بحرین): هیئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.