

## ضوابط اجرائی مضاربه مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا

پیمان اسدیگی<sup>۱</sup>

### چکیده

یکی از فعالیت‌های بانک‌ها امروزه اعطای تسهیلات به مشتریان است. در میان تسهیلات اعطائی مضاربه جایگاه خاصی دارد که باتوجه به اهمیت تجاری آن؛ بخش عمده‌ای از نیازهای تجار را فراهم می‌کند. اعطای تسهیلات در این قالب از سال ۱۳۶۱ با تغییر مقررات بانکی در راستای اهداف حکومت جمهوری اسلامی برای اسلامی کردن بانک‌ها مورد استفاده قرار گرفت. یکی از ویژگی‌های اساسی این عقد اشاعه طرفین در سود و زیان حاصل از فعالیت تجاری است و بعلاوه فقیهان عقد مضاربه را با وجه نقد و تنها در صورتی صحیح می‌دانند که عملیاتی که توسط عامل انجام می‌شود عملیات تجاری باشد که این شرط در مواد (۳۶) و (۳۷) آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده (۹) قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز مطرح شده است. مقاله پیش‌رو در پی آن است تا با روش توصیفی-تحلیلی علاوه بر تحلیل نظر فقها در خصوص ماهیت و چگونگی انعقاد این عقد با تأکید بر رویه عملی بانک‌ها و تحلیل اقتصادی آن، تصویر واضحی از وضعیت سود معین در این عقد ارائه نماید. یافته‌ها نشان می‌دهد باتوجه به فلسفه تأسیس مضاربه و استفاده از عموماً موجود می‌توان نوع عملیاتی که عامل برای تحصیل سود انجام می‌دهد را به همه انواع فعالیت‌های مشروع و قانونی تسری داد و عملاً بانک‌ها در مضاربه بانکی به دنبال دریافت میزان معینی از سود بدون توجه به نتایج واقعی حاصله از فعالیت تجاری هستند.

واژگان کلیدی: مضاربه، ربا، عملیات بانکی، عامل، تسهیلات

<sup>۱</sup> کارشناسی ارشد حقوق خصوصی law.iauh@gmail.com

## مقدمه

بدون شک بانک‌ها از ارکان مهم پیشرفت‌ها و تحولات جوامع کنونی هستند مسائل مربوط به رابطه بانک و مشتریان و قواعد حاکم بر این روابط موضوع بررسی حقوق بانکی را تشکیل می‌دهند که امروزه باتوجه به اهمیت سیستم بانکی و نقشی که در فعالیت‌های مفید اقتصادی و سرمایه‌گذاری‌های کلان از طریق جلب و جذب سرمایه‌های مردم دارد خود شاخه‌ای مستقل از علم حقوق را تشکیل می‌دهند. برخلاف بانکداری متعارف یا مرسوم<sup>۱</sup> که برمبنای عقد قرض و دریافت بهره از متقاضیان استوار است، در بانکداری اسلامی<sup>۲</sup> به جای دریافت سود ثابت و معین، بانک ضمن انعقاد انواع عقود اسلامی در قالب ارائه تسهیلات، در سود و زیان حاصل از فعالیت‌های تجاری با مشتریان خود سهیم می‌شود (سلطانی، ۱۳۹۳: ۳۳). این امر سبب می‌گردد که بانک وارد فعالیت‌های سرمایه‌گذاری شود و به وکالت از سپرده‌گذاران، وجوه آنان را در انواع فعالیت‌های تجاری بکار گیرد. بدین ترتیب بانک اسلامی در قامت یک بازرگان ظاهر می‌شود و دیگر نمی‌توان آن را یک واسطه وجوه صرف دانست.

نحوه عملکرد بانک‌ها و قراردادهای منعقد در خصوص سود مضاربه بانکی این تصور را ایجاد می‌نماید که عمل حقوقی واقع شده مضاربه موردنظر فقه و قانون مدنی نیست. ممکن است گفته شود که توافق میان عامل و بانک یک ماهیت حقوقی خاص را در عالم اعتبار به وجود آورده است که آثار منحصر به فرد خود را به دنبال دارد. اگر این آثار به رسمیت شناخته نشوند و اثر حقوقی موردنظر طرفین بر آنها بار نگردد، استحکام نظام معاملات در معرض خطر قرار می‌گیرد. از طرف دیگر ممکن است استدلال شود که معاملات می‌بایست در چارچوب‌های مشخص شرعی و قانونی منعقد شوند و بنابراین اگر عنوان عمل حقوقی را مضاربه می‌نهیم، تمام مقرراتی که قانون مدنی و پیش‌تر از آن شرع مقدس تعیین کرده است باید رعایت گردد والا عمل حقوقی واقع شده باطل و در فرض ما به جهت ربوی بودن فاقد هرگونه اثر حقوقی است.

علیرغم تمام مباحث فقهی و حقوقی و استدلال‌های متعددی که پیرامون تعیین سود معین در مضاربه مطرح می‌شود، بانک‌ها با در نظر گرفتن رسالت حفظ سپرده‌های مشتریان خود و مصون نگاه داشتن این وجوه از هرگونه نقصان احتمالی، روشی را برگزیده‌اند و عقد مضاربه‌ای را منعقد می‌سازند که تا حدودی احکامی متفاوت از آنچه قانونگذار برای این عقد در نظر گرفته است، دارد. در این وضعیت مهم است تا عمل حقوقی واقع شده از حیث صحت و بطلان بررسی شده و با تحلیل رویه بانکی مورد مطالعه قرار گیرد.

<sup>1</sup> Conventional banking

<sup>2</sup> Islamic banking

## ۱- مفهوم مضاربه

منظور از مضاربه در اصطلاح فقهی قراردادی است که در آن شخصی (مالک) مالی به دیگری (عامل) بدهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل میان آنان تقسیم شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰: ۱۱۴). بعبارت دیگر عقدی است که میان دو شخص واقع می‌شود و مال از یک فرد و عمل از دیگری است و سود حاصل میان آنان تقسیم می‌شود (خمینی، ۱۴۲۲: ۸۵۳).

در قوانین موضوعه ایران عقد مضاربه تعریف گردیده و شرایط و احکام و آثار آن مشخص شده است. قانون مدنی با الهام از مبانی فقهی، پانزده ماده را به این عقد اختصاص داده است. قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز یک ماده به مضاربه اختصاص داده و علاوه بر آن یک دستورالعمل اجرایی نیز در مورد این عقد وضع گردیده است.

ماده (۵۴۶) در تعریف مضاربه مقرر می‌دارد: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود». قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین‌نامه فصل سوم آن و دستورالعمل اجرایی مضاربه نیز این عقد را تعریف کرده‌اند. ماده (۸) قانون عملیات بانکی بدون ربا به بانک‌ها اجازه داده است که به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی در چهارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی‌ها قرار دهند.

۱۲۵

ماده (۳۶) آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده (۱) دستورالعمل اجرایی مضاربه نیز در تعریف این عقد مقرر کرده‌اند: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله هر دو طرف شریک باشند».

## ۲- موضوع عقد مضاربه

فقیهان برای موضوع عقد مضاربه ویژگی‌هایی را ذکر کرده‌اند:

الف) عین بودن: یکی از شرایط مال المضاربه عین بودن آن است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۸). از این رو دین قرار دادن مال المضاربه درست نیست (طباطبائی، ۱۴۱۹: ۷۱). به اجماع فقیهان تنها درهم و دینار موضوع عقد مضاربه قرار می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۵۳). و آنگونه که برخی فقیهان نقل کرده‌اند غیر از اجماع دلیل دیگری بر این امر وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۳۸۲: ۱۷۶). البته برخی از فقهای معاصر از درهم و دینار الغای خصوصیت کرده‌اند و آن را در هر نقد رایجی صحیح می‌دانند و اظهار می‌دارند از عبارت خلاف و غنیه

چنین برمی‌آید که اجماعی که در مسئله هست، بر صحت مضاربه با درهم و دینار اقامه شده است نه بر عدم صحت آن یا غیر درهم و دینار.

قانون مدنی در ماده (۵۴۷) تنها به شرط «وجه نقد بودن» سرمایه اشاره کرده است و شرط دیگری را لازم ندانسته است. منظور از وجه نقد رایج پول رایج کشور است و بنابراین برخلاف سوابق فقهی دیگر طرفین نمی‌توانند طلا یا نقره یا سایر فلزات بهادار را هرچند گران قیمت باشند بعنوان سرمایه مقرر نمایند. همچنین عمل و کار شخص و نیز شهرت و مقام علمی یا اجتماعی نیز نمی‌تواند بعنوان آورده و سرمایه مضاربه قرار گیرد و هرگاه چنین چیزهایی بعنوان سرمایه قرار داده شوند یقیناً مضاربه نبوده و باید وضعیت آن را در چهارچوب سایر عقود و یا قراردادهای بی‌نام مشمول ماده (۱۰) قانون مدنی بررسی نمود.

ب) به دست آوردن سود باید از طریق تجارت باشد (خوبی، ۱۴۰۸: ۲۱). و فقیهان در فرضی که تحصیل سود از طریق غیر از تجارت مثلاً از طریق زراعت باشد اشکال کرده‌اند چراکه آنچه از ادله مضاربه به دست می‌آید عنوان تجارت است. به همین دلیل برخی بیان می‌کنند در صورتی که غیر تجارت را براساس عمومات درست بدانیم، در عنوان مضاربه داخل نخواهد بود (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۴۴).

ظاهر عنوان تجارت در کلیات این گروه از فقیهان خرید و فروش با مال المضاربه است و 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 را که سیاق مواد قانون عملیات بانکی بدون ربا، خرید و فروش را به ذهن متبادر می‌کنند.

ماده (۹) قانون مذکور مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی، در چارچوب سیاست‌های بازرگانی دولت منابع مالی را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی‌های قانونی قرار دهند».

همچنین ماده (۳۶) آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر کرده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد، با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

اما در مقابل برخی حقوقدانان پا را فراتر گذاشته‌اند و سخن دیگری گفته‌اند به این مضمون:

به موجب ماده (۵۴۶) قانون مدنی عامل باید با سرمایه‌ای که حاصل آن (مالک) در اختیار او می‌گذارد تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجارتهای علاوه بر آنچه تا زمان تصویب قانون تجارت در عمل عرف تجاری محسوب می‌شده است، می‌توان به قانون تجارت رجوع کرد و مفاد ماده (۲) قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را در نظر داشت. بنابراین هرگاه شخصی به منظور تأسیس و بکار انداختن کارخانه‌ای 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۵-۱۱۶).

### ۳- اقسام مضاربه بانکی

باتوجه به قلمرو معاملات بانک، می‌توان مضاربه بانکی را به وارداتی و صادراتی و داخلی تقسیم‌بندی نمود. تسهیلات مضاربه در سه قالب به مشتریان اعطاء می‌شود. البته ماده (۳۸) آئین‌نامه فصل سوم و ماده (۳) دستورالعمل اجرایی مضاربه و تبصره ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا به مضاربه مربوط به واردات اشاره کرده‌اند و مقرر نموده‌اند که بانک‌ها نمی‌توانند با بخش خصوصی در امر واردات اقدام به مضاربه نمایند.

#### ۳-۱- مضاربه صادراتی

منظور از مضاربه صادراتی، دریافت تسهیلات بانکی و استفاده از آن‌ها جهت صدور کالاها و خدمات از کشور به خارج می‌باشد؛ باتوجه به مقررات خاص حاکم بر تجارت خارجی، بانک و عامل باید محدودیت‌ها و مقررات موجود را در انجام مضاربه رعایت نمایند و واگذاری تسهیلات باید فقط جهت صدور کالاهایی باشد که ممنوعیت قانونی ندارند. بعنوان مثال صدور گوشت و مواد پروتئینی در زمان‌های خاصی ممنوع می‌گردد و یا صدور نفت فقط توسط دولت و سازمان‌های ذیربط دولتی امکان‌پذیر است، بنابراین انعقاد مضاربه جهت صدور چینی کالاهایی درست نمی‌باشد.

#### ۳-۲- مضاربه وارداتی

این نوع مضاربه کاملاً همانند نوع پیشین است به استثنای نوع فعالیت که به جای صادرات، واردات کالا از خارج را شامل می‌شود، در این مورد نیز عامل باید قوانین، دستورات و مقررات دولتی در امر واردات و محدودیت‌های مربوطه را رعایت نماید. مطابق تبصره ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده (۳۸) آئین‌نامه فصل سوم و ماده (۳) دستورالعمل اجرایی بانک‌ها نمی‌توانند در امر واردات اقدام به مضاربه با بخش خصوصی نمایند. این امر به لحاظ جلوگیری از صرف سرمایه‌های بانکی جهت وارد کردن کالاهای خارجی بوده تا در جهت صادرات و یا سایر مصارف مفید مورد استفاده قرار گیرد (سلطانی، ۱۳۹۴: ۱۴۶). پس بانک‌ها در امر واردات کالا فقط می‌توانند با بخش تعاونی و دولتی مضاربه نمایند. محدودیت مواد مذکور در مورد بخش خصوصی را نمی‌توان شامل بخش تعاونی نیز دانست، زیرا هرچند که بخش تعاونی از سرمایه‌های خصوصی افراد تشکیل می‌گردد اما باتوجه به اولویت‌های که در قوانین بانکی و قانون اساسی برای بخش تعاونی مقرر شده است و نیز باتوجه به صراحت مواد و تأکید بر «بخش خصوصی» باید محدودیت مذکور را فقط شامل

بخش خصوصی دانسته و از تعمیم آن به بخش تعاونی خودداری شود. اگر مقنن چنین هدفی داشت یقیناً در مواد یاد شده به آن تصریح می‌کرد.

نقطه مشترک مضاربه صادراتی و وارداتی این است که هر دو مربوط به قلمرو تجارت خارجی هستند و بنابراین محدودیت‌ها و مقررات مربوط به تجارت خارجی و مقررات ارزی هر دو قسم قابل اعمال است. نکته دیگر در مورد صادرات و واردات این است که آیا صادرات کالاهای خارجی از ایران و یا وارد کردن کالاهای کشور خارجی از طریق یک کشور ثالث را می‌توان مشمول مقررات بانکی دانسته و برای آن تسهیلات مضاربه دریافت نمود؟ به نظر می‌رسد که هر کالایی مشمول ممنوعیت‌های قانونی نباشد را می‌توان وارد یا صادر کرد اعم از اینکه ساخت ایران باشد یا کشوری دیگر و مستقیماً از کشور سازنده وارد شود یا از طریق کشور ثالث (ایزدی‌فر، ۱۳۷۹: ۱۱۰).

### ۳-۳- مضاربه داخلی

منظور از مضاربه داخلی کلیه اقدامات مربوط به خرید و فروش و تجارت کالا در داخل قلمرو کشور ایران می‌باشد بدون اینکه نوع کالا از لحاظ داخلی یا خارجی بودن موثر در مقام باشد هرچند مضاربه داخلی با مسائل و مشکلات خاص تجارت خارجی مضاربه خارجی مواجه نیست ولی قوانین و مقررات متعدد داخلی نیز باید در این قسم مورد نظر قرار گرفته و رعایت شود.

۱۲۸

### ۴- مقایسه مضاربه مدنی و بانکی

در ابتدا به ذکر وجوه تشابه می‌پردازیم و سپس به ذکر تفاوت‌ها در این دو نوع مضاربه خواهیم پرداخت.

#### ۴-۱- وجوه تشابه مضاربه مدنی و مضاربه بانکی

ماهیت هر دو نوع مضاربه با هم شباهت کامل دارند. مطابق قانون مدنی و مقررات بانکی هر دو نوع مضاربه عقد می‌باشند و برای تشکیل آنها نیاز به اراده حداقل دو شخص می‌باشد. از سوی دیگر هر دو مضاربه جزء عقود جایز هستند، البته در مضاربه بانکی به جهت حفظ سرمایه‌های عمومی معمولاً بانک‌ها حق فسخ عقد را از عامل سلب می‌کنند و فقط خودشان دارای چنین حقی می‌باشند، اما این امر تأثیری در ماهیت مضاربه بانکی ندارد. بنابراین عقد مضاربه بانکی و مدنی هر دو عقد جایز هستند و سلب حق فسخ از یکی از طرفین که بطور معمول در قراردادهای بانکی صورت می‌گیرد باعث دگرگونی ماهیت اصلی آن نمی‌شود.

**۴-۱-۲- طرفین مضاربه**

در مضاربه مدنی مالک و عامل می‌تواند شخص حقوقی یا حقیقی باشد و منعی از این لحاظ وجود ندارد. همچنین یکی از طرفین می‌تواند شخص حقیقی و دیگری شخص حقوقی باشد. در مضاربه بانکی نیز عامل می‌تواند شخص حقیقی باشد یا شخص حقوقی و تا این حد فرقی میان دو نوع مضاربه وجود ندارد. اما در مضاربه بانکی تأمین کننده سرمایه باید حتماً یک شخص حقوقی-بانک یا موسسه مالی و اعتباری باشد و مالک نمی‌تواند یک شخص حقیقی باشد.

**۴-۱-۳- ویژگی‌های سرمایه**

شرایط سرمایه مربوط به مضاربه در دو نوع مضاربه موردنظر هیچ تفاوتی باهم ندارند. لازم است سرمایه وجه نقد باشد و این قید در تعریف قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل اجرایی مضاربه به صراحت ذکر شده است. پس در هیچ‌یک از دو نوع مضاربه نمی‌توان مال دیگری غیر از وجه نقد را بعنوان سرمایه قرارداد.

**۴-۱-۴- یدعامل**

در مضاربه یدعامل امانی است و نسبت به ضرر و زیان وارده هیچ مسئولیتی ندارد، مگر در صورتی که مرتکب تعدی و تفریط شده باشد. ماده (۵۵۶) قانون مدنی در این مورد مقرر کرده که مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تعدی یا تفریط. از مفهوم ماده (۱۲) دستورالعمل اجرایی نیز امانی بودن یدعامل در مضاربه بانکی استنباط می‌شود. طبق این ماده: «بانک‌ها برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، باید ضمن عقد صلح موضوع ماده (۸) دستورالعمل از عامل تعهد کافی اخذ نمایند». این ماده بیانگر امانی بودن یدعامل است، منتهی برای حفظ سرمایه‌های عمومی که در اختیار بانک‌هاست آن‌ها را مکلف نموده که بصورت شرط ضمن عقد صلح از عامل تعهد کافی اخذ نمایند و چنین شرطی مخالف ذات مضاربه و اصل امانتداری امین (عامل) نمی‌باشد (بی‌نا، ۱۳۷۵).

**۴-۲- وجوه تفاوت مضاربه مدنی و مضاربه بانکی****۴-۲-۱- سمت بانک**

باتوجه به مقررات بانکی سمت بانک از دو لحاظ باعث تفاوت مضاربه بانکی و مدنی است از یک لحاظ بانک همیشه تأمین کننده سرمایه و مالک است و هیچ وقت نمی‌تواند بعنوان عامل با سرمایه اشخاص دیگر اقدام به مضاربه نماید. بنابراین مالک مضاربه‌های بانکی همیشه یک یا چند بانک می‌باشند. شخص دیگری اعم از حقیقی یا حقوقی، نمی‌تواند جایگزین آن‌ها شود. اشاراتی در مواد (۱)، (۲)، (۴)، (۵) و (۶) دستورالعمل اجرایی

و مواد (۳۶) و (۳۷) آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا وجود دارد که در همه این موارد سمت بانک مالک می‌باشد نه عامل. همچنین طبق بند ۱ ماده (۳۴) قانون بانک‌ها از خرید و فروش کالا به منظور تجارت ممنوع گردیده‌اند. بنابراین باتوجه به این بند و نیز مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا و آئین‌نامه و دستورالعمل اجرایی آن بانک از اقدام به خرید و فروش به منظور تجارت ممنوع است مگر اینکه معامله به شکل مضاربه بوده و بانک سمت مالک مضاربه را داشته باشد. در هیچ قانون دیگری اجازه اقدام به مضاربه بعنوان عامل به بانک‌ها داده نشده است. در مقابل، در مضاربه مدنی به غیر از بانک‌ها به شرحی که ذکر شد هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند بعنوان مالک یا عامل اقدام به مضاربه نماید و محدودیتی از این لحاظ ندارد.

موضوع دیگر بحث وکالت بانک است. طبق ماده (۳) قانون عملیات بانکی و مواد (۱۶) و (۱۹) دستورالعمل اجرایی قبول سپرده، بانک‌ها وکیل سپرده‌گذاران در بکارگیری سپرده‌ها می‌باشند و رابطه بانک و سپرده‌گذار، رابطه وکیل و موکل است. بنابراین بانک‌ها طبق قانون، سرمایه متعلق به سرمایه‌گذاران را نه بعنوان مالک بلکه بعنوان وکیل در قالب قراردادهای اعطای تسهیلات و از جمله مضاربه به مشتریان اعطاء می‌نمایند.

#### ۴-۲-۲- اطلاق و تقیید مضاربه

در مضاربه‌های مدنی طرفین می‌توانند با توافق و تراضی نوع فعالیت را تعیین نمایند و یا به عامل اختیار داده شود که به هر نوع تجارتي که بخواهد اقدام نماید. در مقابل بانک‌ها جهت اطمینان از سودآوری فعالیت‌های عامل و نظارت و بازرسی دقیق، نوع فعالیت تجاری را دقیقاً تعیین می‌کنند. بنابراین درحالیکه مضاربه مدنی ممکن است مطلق یا مقید باشد مضاربه بانکی همیشه مقید است و هیچگاه بطور اطلاق اختیار فعالیت به عامل داده نمی‌شود.

#### ۴-۲-۳- اولویت بخش تعاونی

بانک‌ها مطابق قوانین مکلف شده‌اند که در اعطای تسهیلات مضاربه اولویت را به تعاونی‌ها و بطور کلی بخش تعاونی بدهند و این امر به خاطر اهمیت تعاون و همیاری در اسلام و تأکیدات قانون اساسی در مورد بخش تعاون است. درحالیکه در مضاربه مدنی چنین تکلیفی وجود ندارد و اصولاً تعاونی‌ها رغبت چندانی به مضاربه با بخش خصوصی ندارند.

#### ۵- تحلیل حقوقی سود معین در عقد مضاربه

برخی از حقوقدانان معتقدند مضاربه‌ای که در آن شرط تعیین سود بنحو معین درج شده باشد، اجمالاً متضمن تحقق یک عمل حقوقی صحیح است و برخی دیگر نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها چنین شرطی را باطل و



مبطل عقد می‌شمارند. طبق ماده (۵۴۶) قانون مدنی: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود». از طرف دیگر به موجب ماده (۵۴۸) قانون مزبور: «حصه هریک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد». آنچه از تعاریف فقها و مواد قانون مدنی برمی‌آید این است که یکی از شاخصه‌های عقد مضاربه، اشاعه در سود است بنحویکه حصه هرکدام از متعاملین بصورت جزء مشاع تعیین شده باشد. در این بین بیان شده که ممکن است عقد مضاربه‌ای منعقد شود که در آن مالک و عامل بر میزان سود معینی توافق کنند. آنان که نظر به صحت عمل حقوقی واقع شده دارند، معتقدند در چنین مواقعی صرف‌نظر از عنوان قابل انتساب، قرارداد صحیحی منعقد شده است.

بدین ترتیب اگر طرفین هرکدام مقدار معینی را سود قرار دهند، قرارداد منعقد شده مضاربه نیست؛ بلکه عقدی در عالم اعتبار منعقد شده است که می‌تواند طبق ماده (۱۰) قانون مدنی و اصل آزادی اراده نفوذ حقوقی داشته باشد و شرط ذیل آن نیز باتوجه به قاعده سلطه، قاعده شروط و عقلایی بودن مفاد چنین شرطی، صحیحی است و مغایرتی با قواعد آمره حقوق اسلام ندارد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۰۲). مبنای این تحلیل آن است که «شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی‌اثر می‌سازد که معلوم شود طرفین، هیچ اثر حقوقی را بطور جدی اراده نکرده‌اند یا آنچه را که خواسته‌اند با قانون یا نظم عمومی مخالف است و گرنه

امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را تبدیل به قرارداد مشروع دیگری سازد. پس در واقع بحث ۱۳۱ در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود، مقتضای مضاربه است یا خیر بلکه پرسش اصلی این است که آیا توافقی که در آن سهم عامل بطور قطعی معین شده است با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا اینکه طبق ماده (۱۰) قانون مدنی، باید آن را نافذ شمرد. همین نکته در مورد نوع عملیاتی که عامل انجام می‌دهد قابل بیان است؛ یعنی قراردادی که در آن نوع عمل غیر از تجارت است نیز براساس ماده (۱۰) قانون مدنی نافذ خواهد بود (داورزنی، ۱۳۹۳: ۸۷). بدین ترتیب باتوجه به امضایی بودن غالب عقود در اسلام و اصل حاکمیت اراده طرفین، مادامی که توافقات خصوصی افراد یا قواعد آمره مغایرت نداشته باشد، اعمال حقوقی مزبور صحیح خواهند بود؛ در نتیجه اگر متعاملین مقدار معینی از سود را به احد طرفین اختصاص دهند و بقیه مشترک بین آنان باشد معامله‌ای تحت عنوان مضاربه واقع نمی‌شود، زیرا مقتضای ذات عقد مضاربه بطوریکه از تعریف آن در ماده (۵۴۶) قانون مدنی برمی‌آید و به آن تصریح شده مشاع بودن سود میان طرفین است و تعیین مقدار دقیق سود با عنوان اشاعه در ربح مغایرت دارد. اما این بطلان زمانی است که مقصود متعاملین صرفاً انعقاد عقد مضاربه باشد و عقد دیگری را اراده نکرده باشد.

در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند، در عقد مضاربه تمام سود باید بطور مشاع معین شود و در صورتی که برای یکی از دو طرف عقد، ربح بطور ثابت معین گردد و باقی آن برای طرف دیگر باشد، معامله باطل و بی‌اثر است (تفرشی و قنواتی، ۱۳۷۷: ۱۳۱). معتقدان به بطلان معامله واقع شده به دلایل متعددی استناد می‌کنند که اهم آنها مورد اشاره قرار می‌گیرد:

الف) فقدان دلیل صحت عقد: نص و فتوا بر صحت، منحصر به جایی است که تقسیم سود بصورت مشاعی یا در حکم آن باشد و بدون تعیین سهم مشاع، در شمول اطلاق ادله صحت عقود مثل «وفوا بالعقود» نسبت به آن تردید حاصل می‌شود و اصل اولی در معاملات هم فساد است (موسویان، ۱۳۸۴: ۳۳۷-۳۳۶). ممکن است گفته شود اصل صحت در عقود بر اصل فساد حکومت دارد و بدین ترتیب در موارد تردید در درستی یا نادرستی یک عقد می‌توان به اصل صحت استناد نمود. در پاسخ باید گفت اصل صحت یک اصل موضوعی است درحالیکه در بحث حاضر اختلاف در امر حکمی و تأثیر اشتراط سود بنحو معین در صحت و اعتبار عقد است. بنابراین نمی‌توان با استناد به اصل صحت شرط مزبور را صحیح پنداشت.

ب) مخالفت شرط با مقتضای عقد مضاربه: در موردی که حداقل سودی برای صاحب سرمایه بطور معین در نظر گرفته شود، شرط و عقد باطل است؛ زیرا چنین شرطی برخلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۶۴). در واقع مقتضای ذات عقد مضاربه این است که عامل با سرمایه مالک تجارت کند و آنان بصورت جزء مشاع در سود حاصله شریک باشند. شرط خلاف چنین امری، شرط باطل و مبطلی است که مشول بند ۱ ماده (۲۳۳) قانون مدنی می‌باشد.

ج) تحقق ربا در معامله: در فرضی که طرفین در عقد مضاربه سود را بصورت قطعی تعیین می‌کنند ربا محقق می‌شود. اگر طرفین توافق کنند که سود، میزان معینی باشد، گویی مالک مالی را به عامل داده است تا با آن تجارت کند و بعد زیاده‌ای مشخص علاوه بر آن مال را از وی دریافت دارد. این مورد مشمول احکام رباست. بدیهی است معامله ربوی نامشروع و باطل است.

باید به این نکته توجه نمود که از ماده (۵۵۸) قانون مدنی امکان تضمین سود معین بر نمی‌آید، زیرا شرط تضمین سود بصورت قطعی و یقینی، خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است و چنین شرطی مصداق شرط ناعادلانه‌ای است که قانونگذار نظر به بطلان آن در شرکت‌های مدنی دارد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۰۱).

## ۶- تحلیل سود مضاربه در رویه عملی

صرف نظر از تحلیل‌های فقهی و حقوقی متعدد مطرح پیرامون تعیین سود معین در مضاربه، نیازهای اقتصادی بی‌شمار، سبب می‌شوند تا در رویه، شاهد اتخاذ رویکردی متفاوت از نظریات مشهور فقها و حقوقدانان باشیم.

در رویه بانکداری، قراردادهای اعطای تسهیلات بگونه‌ای تنظیم شده و بانک‌ها بنحوی عمل می‌کنند که از بازگشت نرخ سود ثابتی اطمینان حاصل می‌کنند. به همین منظور سود تجارت عموماً بصورت معین تعیین می‌شود و تحلیل‌های اقتصادی نیز عملکرد بانک‌ها را باتوجه به رسالتی که برعهده دارند توجیه می‌نمایند. مضاربه یکی از عقود معین قانون مدنی است که به انجام امور تجاری اختصاص یافته است. مطابق مواد (۵۴۶) و (۵۵۳) قانون مدنی کار یا عمل موضوع عقد مضاربه امور بازرگانی است و از آنجا که ماده (۲) قانون تجارت اعمال ذاتاً تجاری را به ترتیب بر می‌شمارد، عامل صرفاً می‌تواند به اعمال تجاری مذکور در این ماده بپردازد که خرید به قصد فروش تنها یک نوع از این اعمال و در عین حال یکی از سنتی‌ترین مبادلات میان مسلمانان و جوامع بشری است. بدین ترتیب از منظر قانون تجارت عمل موضوع مضاربه حوزه وسیعی دارد (سلطانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). همچنین به موجب ماده (۹) قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانک‌ها این اختیار را دارند تا با هدف ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی دولت منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان قرار دهند.

سود فعالیت تجاری موضوع عقد مضاربه متأثر از عوامل گوناگونی است. تجربه و مهارت عامل، محدودیت‌های قراردادی و قانونی، شرایط حاکم بر فضای اقتصادی جامعه اعم از نوسانات نرخ تورم و تحولات بازار، ثبات قوانین و مقررات حاکم و امثال آن بر سودآوری فعالیت تجاری عامل تأثیر می‌گذارد. به همین دلیل بانک‌ها برای حفظ سپرده‌های مشتریان خود در عمل اقداماتی انجام می‌دهند تا نرخ سود مورد انتظار بانک در ۱۳۳ تسهیلات مضاربه قطعی و معین گردد و آن را بعلاوه سرمایه اولیه از عامل دریافت می‌کنند. در واقع بانک‌ها بدون توجه به نتایج واقعی مضاربه، حداقل سود پیش‌بینی شده را مطالبه می‌کنند و مشتریان، تسهیلات دریافتی را بعلاوه سود مورد انتظار بازپرداخت می‌نمایند (اسلام‌پور کریمی، ۱۳۸۷: ۴۶).

دریافت سود مورد انتظار بگونه‌ای که بصورت قطعی دریافت شود، عموماً در قراردادهای بانک‌های مختلف به روش‌های گوناگون درج شده است. در واقع بانک‌ها هنگام انعقاد قرارداد مضاربه با تسهیلات گیرندگان، ایشان را متعهد می‌نمایند تا کالای موضوع تجارت را بصورتی خرید و فروش نمایند که حداقل درصد تعیین شده بعنوان سهم بانک از سود عاید آنها گردد. بدین ترتیب چنانچه متقاضیان وام بصورتی عمل نمایند که سهم بانک از سود، کمتر از مقدار تعیین شده باشد باید کمبود آن را از مال خود به بانک بپردازند (ایزدی‌فر، ۱۳۷۹: ۱۰۱).

با وجود این، علیرغم شروط در نظر گرفته شده در قراردادهای اعطای تسهیلات، می‌توان اثر اشراط سود معین را صرفاً انتقال بار اثبات دعوا درخصوص میزان سود حاصله دانست و عامل می‌تواند خلاف آن، یعنی عدم حصول سود مورد انتظار بانک را اثبات نماید. همچنین ممکن است شروطی که منتهی به معین نمودن

سود می‌گردند به علت مخالفت با قانون، نامشروع و در نتیجه باطل تلقی گردند (ایزدی‌فر، ۱۳۷۹: ۱۰۱). در همین راستا به شرحی که گذشت، نشان داده شده است که تمایل به دریافت سود معین، علیرغم شروط پیش‌بینی شده در قراردادها، توسط اکثریت حقوقدانان مورد تأیید قرار نگرفته است.

شورای پول و اعتبار با هدف برقراری تعادل در روابط بانک و مشتریان و واقعی‌تر نمودن عقود مبنای اعطای تسهیلات بانکی و همچنین در راستای اجرای تبصره ذیل ماده (۲۳) قانون بهبود محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶، فرم قرارداد یکنواخت مضاربه را در تاریخ ۱۳۹۴/۰۸/۱۹ تصویب نموده است. مفاد قرارداد مضاربه جدید که از تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۰۱ لازم‌الاجرا گردیده، نسبت به نمونه سابق خود تا حدودی به نفع مشتریان تعدیل گشته است. بنابراین تلاش شده است تا حدودی از یکطرفه بودن این قراردادها به زیان تسهیلات گیرندگان کاسته شود و حقوق آنان که برای رونق فعالیت‌های اقتصادی خود نیازمند منابع مالی هستند، حفظ گردد. با این وجود، به نظر می‌رسد تصویب نمونه قراردادی توسط شورای پول و اعتبار نیز نتوانسته مانع عملکرد بانک‌ها در اخذ سود معین گردد؛ زیرا بانک تمایلی برای ورود به نتایج واقعی حاصل از مضاربه ندارد. بعلاوه، عملاً از آنجا که در اکثر مواقع تجارت موضوع مضاربه به ترتیبی که درخصوص آن توافق شده است، صورت نمی‌گیرد، تسهیلات گیرندگان به دشواری می‌توانند اجرای قرارداد و عدم حصول سود بنحوی که منتسب به ایشان نباشد را اثبات کنند. با این همه، هنوز رویه عملی کافی از نحوه برخورد بانک‌ها با قرارداد جدید مضاربه در دست نیست؛ خاصه آنکه مفاد قرارداد جدید به قراردادهای مضاربه منعقد شده پیشین تسری نمی‌یابد.

۱۳۴

## ۶-۱- تحلیل اقتصادی رویه بانکی

تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال بررسی، تفسیر، انتخاب و تدوین قواعد حقوقی و رویه‌های قضایی و در نهایت اجرای آنها با توجه به روش‌ها، مفاهیم، اصول و ضروریات اقتصادی است. به کمک تحلیل اقتصادی حقوق می‌توان موثرترین قواعد حقوقی از منظر اقتصادی را برگزید و قواعد حقوقی موجود را ارزیابی نمود (قاسمی حامد، ۱۳۹۴: ۲۱). دو عنصر اساسی تحلیل‌های اقتصادی «عقلانیت» و «کارایی» هستند که هر کدام یکسری لوازم کارکردی دارند (دادگر، ۱۳۹۰: ۱۹). بنابراین تعیین سود معین در مضاربه را از منظر این عناصر مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

### ۶-۱-۱- عقلانیت

در یک معنای کلی رفتار عقلانی متضمن درک این واقعیت است که منابع کمیاب و نیازها بی‌شمار و فراوان هستند؛ لذا تدبیر کارشناسان لازم است تا بتوان از این منابع محدود بهترین استفاده را نمود (دادگر، ۱۳۹۱: ۲۴). با این همه، اشخاص همیشه عقلانی عمل نمی‌کنند. همین امر موجب می‌شود بانک‌ها برای حفاظت از

منابع مالی خود، میزان معینی را بعنوان سود مضاربه تعیین کنند؛ زیرا همواره این امکان وجود دارد تا متقاضیان تسهیلات با تصمیمات غیرعقلانی خود، منابع آنها را هدر دهند.

عقلانیت بعنوان یک مولفه اساسی در تحلیل اقتصادی رفتار کارگزاران اقتصادی از جمله بانکها، دارای لوازم کارکردی می باشد که باتوجه به آنها می توان تصمیم های اقتصادی را ارزیابی نمود. این لوازم را می توان به شرح ذیل مورد اشاره قرار داد:

الف) کمیابی<sup>۱</sup>: زمانی که در یک چارچوب اقتصادی از کمیابی صحبت می کنیم، این مفهوم به منابع محدودی باز می گردد که این منابع، خود، ورودی ها و مواد اولیه تولید هستند که شامل زمین، کار و سرمایه می باشند (Daoud, 2011: 13). بدین ترتیب منابعی که در اختیار بانکها قرار می گیرد نیز محدود است و آنها باید از این منابع محدود بنحوی استفاده کنند که بتوانند سود تعهد شده در مقابل سپرده گذاران حساب های سرمایه گذاری مدت دار را تأمین کنند. به همین دلیل است که بانکها میزان سود در مضاربه های بانکی را بصورت قطعی تعیین می کنند تا از این طریق نه تنها از بازگشت وجوه اطمینان حاصل کنند؛ بلکه اعتماد سپرده گذاران را جلب نمایند تا منابع و وجوه محدود خود را در اختیار بانکها قرار دهند.

ب) تئوری انتخاب عقلانی<sup>۲</sup>: تئوری انتخاب عقلانی در معنایی محدود عبارت از این است که یک کارگزار اقتصادی، حداکثر کننده اهداف عقلانی خود است. از طرف دیگر کارگزار اقتصادی عاقل میان مطلوبیت مورد انتظار<sup>۳</sup> از یک عمل مشخص با مطلوبیت مورد انتظار از اعمال دیگر مقایسه می کند و سپس گزینه ای را انتخاب می نماید که دارای بیشترین ارزش اقتصادی است (Korbkin, 2000: 1057-1060).

در همین راستا بانکها نیز به دنبال آن هستند که منافع خود را حداکثر کنند و به همین دلیل از هرگونه عاملی که تحقق این هدف را با مانع مواجه سازد، اجتناب می کنند. یکی از این عوامل، ریسک است. اگر بانک بخواهد وجوه سپرده گذاران خود را به متقاضیان تسهیلات اعطاء نماید با ریسک های متعددی مواجه است. ریسک ناشی از امتناع دریافت کننده وجه از باز پس دادن آن، ریسک ناشی از تغییر در قیمت ها یا نرخ های بهره بازاری و ریسک ناشی از تغییر در بازدهی سرمایه گذاری از جمله این ریسک ها می باشند (صامتی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۳۱). همچنین این ریسک می تواند ناشی از قطعی نبودن سود موردانتظار از مضاربه های منعقد شده با متقاضیان تسهیلات بانکی باشد. البته تمام فعالیت های تجاری، می توانند متضمن ریسک باشند؛ اما بانکها سعی دارند با تعیین سود بنحو قطعی از این ریسک بگریزند (صامتی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۳۲).

<sup>۱</sup>Scarcity

<sup>۲</sup>Rational Choice Theory

<sup>۳</sup>Expected Utility

از طرف دیگر مطلوبیت مورد انتظار از انعقاد عقد مضاربه با سود قطعی نسبت به حالت عکس آن؛ یعنی سود غیرقطعی، قابل مقایسه نیست و به همین جهت است که تئوری انتخاب عقلانی این رویه بانک‌ها را با توجه به چارچوب‌های قانونی موجود توجیه می‌نماید. در واقع اگر بانک‌ها به سراغ گزینه مقابل آن بروند و سود را معین نکنند، با توجه به اینکه توانایی و امکان لازم جهت نظارت بر فعالیت‌های عاملان را ندارند، عقلانیت رفتار آن‌ها زیر سوال خواهد رفت.

ج) ابهام و تردید: تحولاتی که دائماً در محیط اقتصادی جامعه رخ می‌دهد، کارگزاران اقتصادی را غافلگیر می‌کند. عدم اطمینان نسبت به آینده در سطحی بالاتر، بر تصمیمات همه عوامل اقتصادی بطور عام اثر می‌گذارد و افزایش عدم اطمینان نسبت به آن سبب می‌شود همه کارگزاران اقتصادی خود را در شرایط نامنی اقتصادی احساس کنند. با این وجود اطمینان کامل نسبت به آینده بطور کامل قابل تحقق نیست و همین موضوع سبب می‌شود کارگزاران ریسک‌گریز در تصمیم‌گیری دچار مشکل شوند (عزتی و دهقان، ۱۳۸۷: ۲۵-۲۳).

ابهام و تردید سبب ایجاد عدم اطمینان می‌شود و این عدم اطمینان ریسک و مخاطره اعمال اشخاص را بالاتر می‌برد. در این بین واکنش‌های کارگزاران اقتصادی، متفاوت است. برخی کارگزاران ذاتاً ریسک‌گریز هستند (کوثر و تامس، ۱۳۹۲: ۶۷-۷۲). بانک‌ها نیز از آن جاییکه می‌بایست سپرده‌های مشتریان خود را حفظ کنند و سودهای مقرر را در مواعد معین به آنان بپردازند، از پذیرش هرگونه ریسکی که این تعهد آنان را با خدشه مواجه سازد، دوری می‌گزینند. در همین راستا اگر قرار باشد، تسهیلاتی را به متقاضیان بپردازند، سود ناشی از این اقدام را بصورت قطعی تعیین می‌کنند. بدین ترتیب بانک‌ها مطلوبیت مطمئن را به مطلوبیت غیرمطمئن ترجیح می‌دهند و برای آن ارزش بیشتری قائل می‌شوند.

ممکن است گفته شود که تردید و ابهام می‌تواند در طرف دیگر سودآوری بیش از حد مورد انتظار را برای عامل مضاربه و نهایتاً بانک دربرداشته باشد. در اینجا مفید است به تحلیل هزینه-فایده اشاره کنیم. بدین ترتیب اگر بانک‌ها در فضای ابهام و تردید با رویکرد ریسک‌گریزی و حفظ سپرده‌های سایر مشتریان، بین دو گزینه قرار گیرند که در یکی از آن‌ها سود و زیان نامشخص و در دیگری سود مشخص اما زیان نامعلوم است، گزینه‌ای را انتخاب می‌کنند که حداقل سود مدنظر را تأمین نماید.

## ۶-۱-۲- شاخص کارایی

تصمیم اقتصادی تصمیمی است که با مطالعه تخصیص منابع کمیاب میان اهداف رقیب اتخاذ شود. در همین راستا لازم است تا میان اهداف و منابع تمایز صورت بگیرد. بدین ترتیب «اهداف» همان مولفه‌هایی هستند

که در تابع مطلوبیت قرار می‌گیرند، در حالیکه منابع در این تابع یافت نمی‌شوند و در واقع ابزارهای تحقق اهداف هستند (Bromely, 1990: 98). با این اوصاف اگر بخواهیم کارآیی را توصیف کنیم باید بگوییم که اگر هر فرد، دستگاه، سازمان، فعالیت، نظام و ترتیبیاتی که با فرض ثبات سایر شرایط<sup>۱</sup> به سوی بهترین و بیشترین استفاده از امکانات خود پیش برود و تلاش کند زمینه رضایت‌مندی کارگزاران و عوامل دخیل را فراهم نماید، اقداماتی را به سوی کارآمدی اتخاذ کرده است (دادگر، ۱۳۹۱: ۲۶۰).

بانک‌ها با آگاهی از محدود بودن منابع، به دنبال شیوه‌ای هستند که ضمن بهترین استفاده از منابع و امکانات در دسترس، از اتلاف منابع نیز به دور باشد. در همین راستا باید به این نکته مهم اشاره شود که هیچگاه یک عامل خاص، به تنهایی، منجر به کاهش یا افزایش کارآیی نمی‌شود؛ بلکه سایر عوامل مانند ساختار اقتصاد خرد و موضوع هزینه مبادله نیز بر کارآیی تصمیم اقتصادی تأثیر می‌گذارند. با توجه به این موضوع صرفاً به بررسی برخی عوامل مهم و موثر بر کارآیی رویه عملی بانک‌ها در تعیین سود قطعی می‌پردازیم:

الف) اطلاعات و نظام اطلاع‌رسانی: یکی از عوامل موثر بر کارآیی رفتار معامله‌گران، اطلاعات است. بدیهی است منظور از اطلاعات، اطلاعات صحیح و معتبر می‌باشد. هنگامی که مشتری به بانک مراجعه می‌کند و قصد دارد تا بانک را برای انعقاد عقد مضاربه متقاعد سازد، ممکن است نسبت به توانایی‌های خود بزرگنمایی کند و یا زمانی که قرار است سود و زیان محاسبه شود امکان دارد اطلاعات دقیقی در اختیار بانک قرار ندهد و برای این امر توجیهات متعددی داشته باشد. گاهی اوقات انگیزه‌های فرار از مالیات می‌تواند چنین رفتاری را به دنبال داشته باشد و گاهی نیز اشخاص با انگیزه قلبی، از افشای اطلاعات لازم خودداری می‌کنند تا بوسیله آن ارزش شرکت خود را بالا برده و سرمایه‌گذاران را فریب دهند (نوبخت، ۱۳۸۵: ۱۹). در چنین شرایطی که اطلاعاتی حداقل بصورت دقیق و معتبر در دست نیست، بانک‌ها برای حفظ منابع سپرده‌گذاران خود و مقابله با اطلاعات نامتقارن، آچاره را در این می‌بینند که صرف‌نظر از توانایی‌ها و شناختی که از متقاضی تسهیلات و کسب و کار و تجارت مدنظر وی دارند، سودی را بصورت قطعی تعیین نمایند تا بدین‌نحو در هر شرایطی از بازگشت اصل سرمایه و حداقل سود مورد انتظار اطمینان داشته باشند و در پاسخگویی به سپرده‌گذاران با مشکلی مواجه نشوند.

ب) شفافیت: پس از توجه به عنصر اطلاعات، عامل بعدی، شفافیت اطلاعات و اقدامات در حال انجام کارگزاران اقتصادی است. در واقع نه تنها اطلاعات بانک‌ها محدود است؛ بلکه آنچه در اختیار دارند نیز غیرشفاف، مبهم و نامفهوم است. بدین ترتیب بانک‌ها نمی‌توانند بصورت واقعی راستی‌آزمایی نمایند که متقاضیان تسهیلات

<sup>1</sup> Other things being equal

<sup>2</sup> Asymmetric Information

<sup>3</sup> Transparency

قرار است از وام‌های دریافتی در چه زمینه‌هایی استفاده کنند و حتی اگر اطلاعاتی نیز در دست داشته باشند، این اطلاعات شفاف نیست. در چنین شرایطی تعیین سود قطعی، راه‌حل منتخب بانک‌ها بعنوان امین سپرده‌گذاران می‌باشد.

ج) امنیت: امنیت اقتصادی کالایی ارزشمند است، اما خاستگاه آن صرفاً اقتصاد نیست؛ بلکه مجموعه‌ای از عوامل هستند که امنیت اقتصادی را برقرار می‌کنند. عدم اطمینان نسبت به آینده رشد پایدار اقتصادی و توسعه سرمایه‌گذاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. حال اگر کارگزاران اقتصادی با اتکاء به وضعیت اقتصادی موجود در حوزه‌ای سرمایه‌گذاری کنند و سپس شرایط اقتصادی جامعه به هر دلیلی متحول شود و سرمایه‌گذاری اولیه که در ابتدا فعالیت‌ی پر رونق به نظر می‌رسید با رکود مواجه شود، منابع و امکانات مادی و غیرمادی کارگزار موردنظر هدر می‌رود. بدین ترتیب امنیت اقتصادی بر کارآیی تصمیمات اشخاص تأثیر می‌گذارد. همین عوامل سبب می‌شود که بانک‌ها برای حفظ منابع و امکانات در دسترس و کسب بیشترین نفع ممکن، از روشی استفاده کنند تا در شرایط نامنی اقتصادی نیز بتوانند نفع مدنظر سپرده‌گذاران را تأمین کنند.

د) کسب سرمایه و وجوه لازم: همانطور که قبلاً اشاره کردیم، منابع و امکانات انسان محدود است و از طرف دیگر اهداف، نامحدود و بی‌شمارند. در این بین کارگزاری موفق‌تر است که بتواند منابع بیشتری را جمع‌آوری کند. بانک‌ها نیز به دنبال تحقق این هدف هستند. توضیح اینکه زمانی افراد وجوه خود را در حساب‌های سرمایه‌گذاری بانک‌ها می‌سپارند که قانع شده باشند هزینه فرصت از دست رفته ناشی از این انتخاب نسبت به سایر گزینه‌های رقیب کمتر و در طرف مقابل منافع آن بیشتر است. برای اینکه این جذابیت برای اشخاص فراهم شود لازم است پرداخت حداقل میزان مشخصی از سود به ایشان تضمین شود و این امر، خود، مستلزم آن است که بانک نیز از طریق تسهیلات اعطایی، میزان معینی از سود را به دست آورد. بدین ترتیب اطمینان از حصول سودی با نرخ مشخص، اشخاص را به سرمایه‌گذاری در بازار پول راغب می‌کند. در نتیجه به نظر می‌رسد تعیین سود بنحو قطعی، در قراردادهای اعطای تسهیلات می‌تواند بستر فراهم آمدن یکی از عوامل مهم و موثر بر کارآیی فعالیت بانک‌ها را ایجاد نماید.



## نتیجه‌گیری

فقیهان عقد مضاربه‌ای را که عملیات تجاری آن غیر از خرید و فروش باشد، صحیح نمی‌دانند، اما به نظر می‌رسد با توجه به مطالبی که بیان شد می‌توان چنین عقد مضاربه‌ای را صحیح دانست، چراکه عموم «وفوا بالعقود» و اطلاق عنوان تجارت آن را شامل می‌شود و حتی در بسیاری موارد از غرض عقلایی نیز برخوردار است. بر فرض که صحت آن براساس این ادله با تردید و مناقشه روبرو باشد، می‌توان بعنوان تعهدی ابتدایی چنین عقدی را صحیح دانست. در نتیجه اگر کسی به دیگری سرمایه‌ای بدهد تا با آن بصورت مشروع فعالیت اقتصادی کند تا سود حاصل را به نسبت معین میان خود تقسیم کنند، چنین عملی از نظر قانونگذار اسلام جایز و صحیح خواهد بود.

همچنین تحلیل‌های اقتصادی عملکرد بانک‌ها در تعیین سود معین در عقد مضاربه را تأیید می‌نمایند و از طرف دیگر تحلیل‌های حقوقی، نتیجه درج چنین شرطی را بطلان شرط و عقد می‌دانند. بنابراین لازم است تدبیری اندیشیده شود تا برآمد آن، هم جهت شدن نظام حقوقی و اقتصادی باشد؛ زیرا نظام حقوقی و نظام اقتصادی بر یکدیگر تأثیر متقابل دارند. در این راستا انطباق نتایج حاصل از تحلیل‌های حقوقی و اقتصادی و پذیرش نتایج واقعی حاصل از عقود موجود در نظام بانکداری اسلامی، نیازمند فراهم ساختن شرایط، چارچوب‌ها و ساختارهای لازم است. در واقع، انعقاد و اجرای عقد مضاربه به منظور اعطای تسهیلات بانکی بصورتی که از لحاظ حقوقی صحیح باشد و از نظر تحلیل‌های اقتصادی نیز منطقی باشد، مستلزم فراهم ساختن بسترهای بانکداری اسلامی در یک جامعه و اقتصاد سالم تولید محور است.

۱۳۹

بر این اساس پیشنهاد می‌شود برای توسعه اختیارات بانک در استفاده از عقد مضاربه، ماده (۹) قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده (۳۷) آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، اصلاح شود و به جای عبارت «امور بازرگانی» در مواد مذکور از عبارت «امور تجاری» استفاده شود. در ضمن تبصره‌ای در ذیل ماده مذکور، امور تجاری را تبیین کند و آن را به معاملات و فعالیت‌هایی غیر از خرید و فروش توسعه دهد.

## فهرست منابع

## فارسی:

- ۱- اسلام‌پور کریمی، حسین (۱۳۸۷)، «مضاربه واقعی و فاصله آن با عملکردها (چالش‌ها، راه‌حل‌ها و پیشنهاد بانک مضاربه‌ای)»، *مجله بانک و اقتصاد*، ش ۹۱.
- ۲- ایزدی‌فر، علی‌اکبر (۱۳۷۹)، «بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی»، *مقالات و بررسی‌ها*، ش ۶۸.
- ۳- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷)، «وضعیت شرط تضمین سود»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۸، ش ۴.
- ۴- بی‌نا (۱۳۷۵)، «بحث در موضوعات حقوقی راجع به مضاربه ... ریح»، *مجموعه حقوقی از نشریات اداره فقهی*، ش ۹.
- ۵- تفرشی، محمدعیسی و قنوتی، جلیل (۱۳۷۷)، «ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران»، *مجله مدرس*، ش ۹.
- ۶- دادگر، یداله (۱۳۹۰)، *درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق*، چ ۲، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم.
- ۷- دادگر، یداله (۱۳۹۱)، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، تهران: نشر آماره.
- ۸- داورزنی، حسین، رضوی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، «امکان‌سنجی تعمیم عق مضاربه به تمام فعالیت‌های تجاری»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، س ۶، ش ۱۱.
- ۹- سلطانی، محمد (۱۳۹۳)، *حقوق بانکی*، چ ۲، تهران: نشر میزان.
- ۱۰- سلطانی، محمد (۱۳۹۴)، «بررسی کتاب تبیین ماهیت و آثار عقود مشارکتی»، *مجله فقه و حقوق*، س ۱، ش ۲.
- ۱۱- صامتی، مجید و دیگران (۱۳۸۹)، «تحلیل ریسک بهره در مقایسه با یک نظام مبتنی بر مشارکت در سود و زیان»، *مجله معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۳.
- ۱۲- طاهری، حبیب‌اله (۱۴۱۸)، *حقوق مدنی*، ج ۴، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۳- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۰)، *العروه الوثقی (همراه با حواشی)*، قم: موسسه نشر اسلامی.
- ۱۴- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹)، *ریاض المسائل (طبع جدید)*، ج ۹، قم: موسسه نشر اسلامی.
- ۱۵- عزتی، مرتضی و دهقان، محمدعلی (۱۳۸۷)، *امنیت اقتصادی در ایران*، تهران: دفتر مطالعات اقتصادی و مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۱۶- قاسمی حامد، عباس (۱۳۹۴)، «حقوق اقتصادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ش ۷۰.
- ۱۷- کاشانی، سیدمحمد (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی: قراردادهای ویژه*، تهران: نشر میزان.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی؛ مشارکت‌ها-صلح*، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- ۱۹- کوتر، رابرت و تامس، بولن (۱۳۹۲)، **حقوق و اقتصاد**، ج ۸، ترجمه: یداله دادگر و حامد اخوان هزاوه، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم.
- ۲۰- موسویان، سیدعباس (۱۳۸۴)، «ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، **مجله اقتصاد اسلامی**، ش ۱۹.
- ۲۱- نوبخت، زهرا (۱۳۸۵)، «ارزیابی شفافیت اطلاعات شرکت‌ها در بورس اوراق بهادار»، **مجله بورس**، ش ۵۴.

### عربی:

- ۲۲- خمینی، سید روح‌اله (۱۴۲۲)، **العروه الوثقی مع تعالیک الامام الخمینی**، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۲۳- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۸)، **المضاربه**، قم: المطبعه العلمیه.
- ۲۴- شیخ طوسی، شیخ ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه.
- ۲۵- شهیدثانی، زین‌الدین جبعی عاملی (۱۴۱۳)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۲۶- شهیدثانی، زین‌الدین جبعی عاملی (۱۳۸۲)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، قم: دارالتفسیر.

### لاتین:

- 27- Bromely, Daniel (1990). The Ideology of Efficiency: Searching for a Theory of Policy Analysis, *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 19.
- 28- Daoud, Adel (2011). Scarcity, Abundance and Sufficiency: Contribution to Social and Economic Theory, University of Gothenburg, Dep of Sociology.
- 29- Korbkin, Russel and Thomas, Ulen (2000). Law and Behavioral Science: Removing The Ratioanality Assumption from Law and Economics, *California Law Review*, vol. 88.