

بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی

علی اکبر ایزدی فرد

دانشکده علوم انسانی، دانشگاه مازندران

چکیده:

یکی از اجزاء و عوامل در مضاربه بانکی سود (بازدهی) آن است. به نظر فقهاء در مضاربه از ابتداء نمی‌توان سود را به طور دقیق معین نمود و در صورت تعیین، عقد مضاربه مشروعیت پیدا نکرده و معامله ربوی محسوب می‌گردد. با توجه به این که تعیین سود در مضاربه ربا بوده و حرام است و با عنایت به ماده ۲۱ فصل پنجم قانون عملیات بانکی بدون ربا که آمده: «بانک مرکزی با هر یک از بانکها و نیز بانکها با یکدیگر مجاز به انجام عملیات بانکی ربوی نمی‌باشند» سؤال این است که آیا در مضاربه بانکی مقدار سود معین نمی‌شود؟ آیا در این گونه عملیات حقیقتاً ربا جریان ندارد؟ اگر عامل در معامله ضرر کرد و سودی بدست نیامد، آیا بانک ضرر را تقبل می‌کند؟ و بالاخره آیا شرط ضمان بر عامل صحیح است؟ آنچه در این مقاله مورد بحث قرار می‌گیرد بررسی موضوع «سود» در مضاربه بانکی و پاسخ به سؤالات مزبور با توجه به مبانی فقهی و حقوقی آن است.

کلید واژه‌ها: مشاع بودن سود، پیش‌بینی سود، ضرر عامل در تجارت، شرط ضمان بر عامل.

مقدمه

مضاربه از کلمه ضرب در ارض یعنی راه رفتن و سفر کردن در زمین برای جستجوی رزق و روزی، مشتق گردیده است (ابن منظور، ۳۲/۲). در اقرب الموارد آمده: «ضاربه بالمال و فی المال»؛ یعنی با مال او و در مال او تجارت نمود (۱/۶۸۰) «ضارب له» یعنی «اتَّجَرَ فی ماله» (صفی پور ۳/۷۲۶). به نظر علامه حلی چون در این عقد سرمایه در گردش است از این رو به آن مضاربه گویند (تذکره الفقهاء، ۲/۲۲۹) مضاربه را «قراض» نیز گفته‌اند (خوری شرتوتی، ۱/۶۸۰؛ صفی پور، همانجا؛ شیخ طوسی، ۳/۱۶۷) که مأخوذ است از قرض یعنی قطع و جدا نمودن. به این معنا که مالک، قطعه‌ای از مال را از خود جدا می‌کند و به عامل می‌دهد یا قطعه‌ای از سود را جدا ساخته و در مقابل عمل به وی دهد. عامل نیز بخشی از سود حاصل را از کل سود جدا کرده و به مالک می‌دهد. احتمال دیگری هم می‌توان داد به این که قراض از مقارضه به معنی مساوات است. به این معنا که در صورت اطلاق عقد، سود طرفین بطور مساوی خواهد بود.

در ارتباط با معنای اصطلاحی مضاربه فقهاء تعاریف متعددی ذکر کرده‌اند. از جمله شهید اول گوید: «وهی ان یدفع مالاً الی غیره ليعمل فیه بحصّة معینة من ربحه» (ص ۱۴۵). مضاربه آن است که انسان مال خود را به دیگری بدهد تا با آن کار کند و در مقابل سهم معینی از سود حاصله را برداشت نماید. با توجه به تعریف مزبور و تعاریف دیگر (طباطبایی، ۵/۴۴۷؛ یزدی، ۲/۶۳۷؛ اصفهانی، ۲/۱۲۹؛ تبصرة، ۱۰۴ و ...) و بر اساس ماده ۵۴۶ قانون مدنی مضاربه توافقی است که میان دو طرف صورت می‌گیرد و به موجب آن شخصی مال خود را به دیگری می‌دهد تا به عنوان سرمایه با آن مال کسب و کار کند مشروط بر این که سود حاصله به نسبت تعیین شده بین طرفین به نحو مشاع متعلق به هر دوی آنها باشد. در قانون عملیات بانکی بدون ربا از عقد مضاربه تعریف خاصی نشده است و همان تعریفی که فقهاء نموده‌اند و در ماده ۵۴۶ ق.م از مضاربه شده، مورد پذیرش قرار گرفته است. در آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا (فصل سوم ماده ۳۶) و هم چنین دستور العمل اجرایی مضاربه (ماده ۱) تعریفی به شرح زیر از مضاربه ارائه شده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن

تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند به نظر می‌رسد به دلیل کاربرد خاص مضاربه در امور بانکی بجاست تعریف دقیق‌تری از آن به شرح زیر به عمل آید: «مضاربه بانکی عقدی است که به موجب آن بانکها از محل وجوه متعلق به خود یا به وکالت از مالکین سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار و به عنوان «مالک» وجوه مزبور را برای بکارگیری در امور تجارت و در مقابل حصه‌ای از سود آن برای مدت معین طبق شرایطی که در مقررات بانکی پیش‌بینی شده است در اختیار متقاضیان سرمایه به عنوان «عامل» قرار می‌دهند» (کریمی، ۱۸۷).

سود در مضاربه

یکی از شرایط صحّت عقد مضاربه - چنان که اشاره شد - مشاع بودن سود در آن است. یعنی هر یک از مالک و عامل جزء مشاع از کل سود از قبیل نصف، ثلث، ربع و ... را می‌پذیرند. بنا بر این نمی‌توان از ابتداؤه مقدار دقیق سود را تعیین نمود (حسنی عاملی، ۱۶/۶۸۷؛ یزدی، ۲/۶۴۰؛ امام خمینی، ۲/۱۱۰). بر اساس ماده ۵۴۹ قانون مدنی جزء مشاع از سود که به هر یک از مالک یا مضارب (عامل) می‌رسد باید توسط طرفین در عقد تعیین گردد. مثلاً باهم توافق نمایند که $\frac{1}{4}$ (۵٪) سود از آن مالک و $\frac{1}{4}$ (۵٪) سود از آن مضارب باشد. اگر طرفین عقد مضاربه توافق کنند که مبلغ معینی از سود حاصله متعلق به یکی از آنها و بقیه متعلق به دیگری باشد، صحیح نیست و توافق مزبور مضاربه محسوب نمی‌شود، زیرا علاوه بر تحقق ربا فلسفه تأسیس این عقد در واقع تشویق و ترغیب مضاربه در بکارگیری تخصص و تجربیات اقتصادی خود و کار و کوشش بیشتر جهت ازدیاد سرمایه و همین‌طور ترغیب مالکین در مورد بکار انداختن سرمایه خود در کسب‌های سودآور با مباشرت دیگران است با این تضمین که چنانچه سودی حاصل شد طرفین در آن شریک باشند. از این رو تعیین مبلغ معینی از سود برای هر یک از مالک یا مضارب بر خلاف مقتضای عقد مضاربه است» (امامی، ۲/۱۰۱).

در کتاب «عملیات انکی داخلی - ۲» که به عنوان کتاب رسمی و مورد تأیید مرکز آموزش بانکداری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران جهت تدریس کارکنان بانکها است، آمده: «در عقد مضاربه سهم سود هر یک از طرفین می‌باید به نحو مشاع و به

صورت نسبت یا در صدی از کل سود معامله تعیین و توافق گردد. بنا بر این به هیچ وجه نمی‌توان مبلغ معینی از سود یا در صد معینی از سرمایه مضاربه را به عنوان سهم سود طرفین قرار داد» (ص ۸۰).

نکته قابل توجه این که مطابق ماده ۵۴۹ق.م چنانچه سهم هر یک از مالک و مضارب از سود حاصله در عرف منجزاً معلوم باشد و طرفین نیز در رابطه با چگونگی تقسیم سود سکوت کرده باشند و این سکوت آنها به منزله انصراف به عرف تلقی گردد، در این صورت طبق معیار موجود در عرف سهم هر یک از طرفین نسبت به سود را تعیین می‌نمایند. به عبارت دیگر سکوت طرفین در واقع به منزله ذکر معیار موجود در عرف توسط آنها در عقد است، زیرا ماده ۲۲۵ق.م در مقام بیان قواعد عمومی معاملات مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است».

آیه الله سید محمد کاظم یزدی گوید: «سهم سود هر یک از طرفین معامله باید به صورت نصف یا ثلث و ... معین باشد مگر این که در عرف معاملات مضاربه‌ای میزانی وجود داشته باشد که اطلاق عقد مضاربه به آن میزان منصرف گردد» (۲/۶۴۰).

تعیین سود در مضاربه

اگر در مضاربه طرفین از ابتداء سود را به نحو مقطوع معین نمایند به نظر فقهای امامیه عقد باطل است (حسینی عاملی، ۱۶/۶۸۷). زیرا اولاً مقتضای عقد مضاربه مشاع بودن سود آن است. از این رو تعیین سود خلاف مقتضای عقد بوده و علاوه بر بطلان شرط مبطل عقد نیز می‌باشد (ماده ۲۳۳ق) ثانیاً توافق اراده‌ها در صورتی موجب اثر حقوقی است که در قابلهای از پیش ساخته شده در شرع بنام عقود معین ریخته شود. به همین دلیل هنگامی که طرفین توافق نمایند که سود حاصله تماماً متعلق به مالک یا مضارب باشد در این صورت به نظر فقهاء قرارداد مزبور مضاربه نبوده بلکه عنوان قرض^۱ یا

۱. قرض عبارت است از مالی که انسان به دیگری می‌دهد تا او در آن تصرف نماید و پس از مدتی عین یا مثل آن را به صاحب مال برگرداند (امام خمینی، ۲/۱۴۹).

بضاعة^۱ را پیدا می‌کند. اگر مالک بگوید: «این پول را بگیر و با آن تجارت کن به صورتی تمام سود حاصله متعلق به خودت باشد» این در واقع همان عقد قرض است. و اگر بگوید: «... تمام سود حاصله متعلق به خودم باشد» این توافق بضاعت نامیده می‌شود (محقق حلی، ۲/۳۸۵؛ قواعد الاحکام، ۱۷/۹۳؛ یزدی، ۲/۶۵۳).

قانون مدنی در رابطه با حکم کلی این تخلفات است، اعلام داشته که معامله مزبور مضاربه محسوب نمی‌شود. بر اساس ماده مزبور «اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد، در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی‌شود و عامل مستحق اجرة المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده است». با توجه به این ماده می‌توان استنباط کرد که توافق طرفین مبنی بر این که تمام سود متعلق به مالک باشد صحیح بوده و عامل از این سود چیزی به عنوان سهم نخواهد برد و اگر کار را تبرعاً انجام نداده باشد فقط مستحق اجرة المثل است.

بعضی از علمای حقوق مدنی قراردادهای مذکور را باطل می‌دانند به این دلیل که معتقدند سهم مشاعی طرفین از سود حاصله به مقتضای ذات عقد مضاربه است. بنا بر این تعیین سود (مقطوع) خلاف مقتضای ذات عقد مزبور بوده و عقد را باطل می‌کند (امامی، ۲/۱۰۱؛ عدل، شماره ۱۶؛ بروجردی عبده، ۳۱۳). برخی دیگر از نویسندگان حقوق معتقدند که تنها بر خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمن عقد دلیل بر بطلان عقد مزبور به معنای بی‌اثر بودن توافق طرفین آن نیست، بلکه این گونه شروط زمانی توافق را نیز بی‌اثر می‌سازند که معلوم شود طرفین عقد با قرار دادن آن شرط ضمن عقد در حقیقت هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده و یا آنچه را که خواسته‌اند بر خلاف قانون یا نظم عمومی باشد؛ وگرنه امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد توافق را تبدیل به قرار داد مشروع دیگری سازد (کاتوزیان، ۲/۱۱۸).

آنچه می‌توان گفت اینکه شروط مزبور مشمول هیچیک از سه عنوان فوق نیست، بلکه - همان گونه که گفته شد - این شروط تنها عقد را از شمول قواعد مضاربه خارج

۱. بضاعت آن است که انسان مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند مبنی بر این که تمام سود متعلق به صاحب مال بوده و برای عامل اجرت ثابت است (فاضل مقداد، ۵/۲؛ طریحی، ۴/۳۰۰؛ الخوری الشرتونی، ۱/۴۶).

ساخته و تبدیل به قرارداد خاص دیگری می‌نماید. و به استناد ماده ۱۰ ق.م.باید قراردادهای مذکور را - هر چند که مضاربه محسوب نمی‌شود - محترم شمرده و مفاد آن را بین طرفین لازم الرعایه دانست.

اما در ارتباط با چگونگی تقسیم سود حاصل از مضاربه بانکی بین بانک و عامل که به صورت مشاع صورت می‌گیرد (عملیات بانکی داخلی، ۸۰/۲). با توجه به ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه که هزینه‌های قابل قبول برای بانکها را مشخص نموده^۱ و نیز با توجه به مفاد ماده ۸ این دستورالعمل که پرداخت سایر هزینه‌های متعلقه به انجام مضاربه را با مصالحه طرفین به عهده عامل قرار داده است، سود خالص (سود قابل تقسیم) در مضاربه بانکی عبارت است از حاصل فروش کالاهای خریداری شده توسط عامل پس از کسر مخارج ذکر شده در ماده ۷ دستورالعمل اجرایی مضاربه.

پیش‌بینی سود در مضاربه بانکی

در ماده ۱۴ دستورالعمل اجرایی قانون مضاربه آمده است: «حداقل نرخ سود مورد انتظار (پیش‌بینی شده) در مورد معاملات موضوع مضاربه نسبت به سرمایه بابت سهم بانک توسط شورای پول و اعتبار تعیین می‌گردد». با توجه به این ماده تعیین سود در مضاربه بانکی براساس حداقل نرخ سود مورد انتظار یا «پیش‌بینی سود» و یا «مقدار تقریبی سود دهی» در نظر گرفته می‌شود. حداقل سود مورد انتظار سودی است که پیش‌بینی می‌شود در آینده از انجام معامله حاصل گردد. البته ممکن است در عمل، این حداقل نرخ سود کمتر یا بیشتر شود در حقیقت حداقل نرخ سود مورد انتظار را در بانکها می‌توان یک معیار برای پذیرش یا ردّ در خواستهای متقاضیان در معاملات مورد نظر دانست که این خود یک ابزار سیاست اقتصادی می‌باشد. به این ترتیب که هرگاه کسی

۱. ماده ۷: «هزینه‌های قابل مضاربه عبارتند از: الف قیمت خرید کالا. ب - بیمه و حق ثبت سفارش. پ حمل و نقل. ت - انباری‌داری. ث - حقوق گمرکی و سود بازرگانی. ج - هزینه بانکی. ح - هزینه‌های بسته‌بندی.» «منظور از این ماده آن است که «عامل کار» از محل سرمایه نقدی تأمین شده می‌تواند این گونه هزینه‌ها را پردازد ولی سایر هزینه‌ها را طبق قرار داد، «عامل کار» خواهد پرداخت» (عقود اسلامی در نظام بانکی بدون ربا، ۲۰).

بخواهد از بانک تحت عنوان مضاربه سرمایه‌ای دریافت کند، ابتداء بانک از طرف مقابل اطمینان می‌گیرد که آیا در این تجارت حداقل سود مورد نظر بانک تأمین می‌شود یا نه؟ اگر معامله به گونه‌ای باشد که این مقدار از سود تقریبی بدست نیاید، پولی به او داده نمی‌شود و الا سرمایه در اختیار متقاضی قرار گرفته و او مشغول به تجارت می‌شود.

در ماده ۵ دستورالعمل اجرایی مضاربه آمده است: «بانکها موظفند قبل از انعقاد قرارداد مضاربه، عملیات موضوع مضاربه را در حد نیاز بررسی و اطمینان حاصل نمایند که اصل سرمایه و سود مورد انتظار در طول مدت مضاربه قابل برگشت است». با توجه به ماده مزبور «اعطای تسهیلات مضاربه در صورتی مجاز است که پیش‌بینی نتیجه معامله سودآور باشد. از این رو در هنگام عقد قرارداد باید میزان یا نرخ سود مجاز یا قیمت تعیین شده توسط مراجع ذیربط تعیین شود و کسر مجموع هزینه‌های مورد قبول مضاربه از مبلغ کل فروش، مبنای بازدهی کافی معامله باشد...» (از طرف دیگر) از آنجا که نرخ سود تسهیلات مضاربه در تعرفه عمومی معاملات به صورت «حداقل» منعکس گردیده است، بنا بر این تقسیم منافع بین بانک و مشتری به ترتیبی توافق می‌شود که حداقل سود مورد انتظار برای بانک حاصل شود. بانک می‌تواند با در نظر گرفتن عواملی بعضاً به این حداقل اکتفاء نموده و در مواردی در صد سهم سود خود را افزایش دهد. برخی از این عوامل مؤثر عبارتند از: ارزش کار و تخصص مشتری، درجه خطرات احتمالی مستتر در معامله، نوع کالا و اثرات اقتصادی، شخصیت عامل، منافع سپرده‌گذاران، اهمیت جلب و جذب مشتری. به هر حال با توجه به جمیع موارد مذکور نسبت سهم سود بانک در مضاربه می‌باید به ترتیبی تعیین گردد که پیش‌بینی نرخ بازده سرمایه‌گذاری کمتر از نرخ مندرج در تعرفه عمومی معاملات نباشد» (همانجا، ۸۰-۸۱). نکته قابل توجه این که پیش‌بینی سود یک ابزار سیاست تأمین مالی است. یعنی اگر بانکها بخواهند سرمایه بیشتری را در جامعه تزریق نمایند و تسهیلات بیشتری را در امر تجارت در اختیار متقاضیان قرار دهند، حداقل پیش‌بینی سود مورد انتظار را کاهش داده و این امر باعث می‌شود که متقاضی این گونه تسهیلات افزایش یافته و سرمایه بیشتری در این بخش توزیع گردد و یا بالعکس زمانی که تصمیم به محدودیت تسهیلاتی در بخش بازرگانی داشته باشند می‌توانند حداقل پیش‌بینی سود مورد انتظار را افزایش داده و

موجب کاهش حجم تسهیلات گردند. به این ترتیب ملاحظه می‌شود که در بانکداری اسلامی هر یک از عقود می‌تواند به عنوان یک ابزار سیاست اقتصادی در اختیار سیاستگذاران قرار گیرد.

نقد و بررسی سود در مضاربه بانکی

در ارتباط با موضوع سود در مضاربه بانکی چند نکته قابل تأمل است:

۱. بر اساس ماده ۱۳ و ۱۴ دستورالعمل اجرایی مضاربه پیش‌بینی سود معاملات مضاربه و تعیین حداقل یا حداکثر نسبت سهم سود طرفین معامله (بانک و عامل) از مواردی است که در قراردادهای مضاربه توسط شورای پول و اعتبار و با توافق عامل و بانک تعیین می‌شود. نسبت‌های مذکور باید بر اساس میزان سرمایه، مدت زمان فروش و قیمت فروش کالای مورد نظر تعیین گردد، اما در بررسی انجام شده از طریق شعب بانکها ملاحظه می‌شود که «در ۵۴٪ از پرونده‌ها سهم عامل و بانک هر کدام ۵۰٪ در قرارداد تعیین گردیده و در ۲۹٪ از پرونده‌ها سهم عامل و بانک به ترتیب ۶۰٪ و ۴۰٪ تعیین شده است. بدین ترتیب این واحدها نسبت سهم سود بانک و عامل را برای تمام پرونده‌های مضاربه یکسان در نظر گرفته‌اند ولی در تمام موارد مشاهده شده، مبلغ سود پیش‌بینی و نسبت سهم سود بانک بر اساس حداقل نرخ سود مورد انتظار که توسط شورای پول و اعتبار به واحدها اعلام گردیده دریافت شده‌است. برای مثال در بررسی بعضی از پرونده‌ها مشاهده گردید که واحدها نسبت سهم سود بانک و عامل در خصوص خرید و فروش چای، برنج و آهن آلات را ۵۰٪ و ۵۰٪ در نظر گرفته‌اند، در حالی که سود معاملات مذکور نمی‌تواند یکسان باشد» (بهمنی، ۱۳۷).

در واقع می‌توان نتیجه گرفت تعیین نسبت سهم سود که می‌بایستی بر اساس تجربه و تخصص مشتری، درجه خطرات احتمالی، نوع کالا و... باشد، غالباً مبنایی نداشته و عملاً هنگام تسویه حساب بانکها سود مورد انتظار را که نرخ آن توسط شورای پول و اعتبار تعیین گردیده (نه کمتر و نه بیشتر) دریافت می‌نمایند. در حقیقت نرخ سود مورد انتظار به عنوان نرخ سود قطعی در نظر گرفته می‌شود. در صورتی که نمی‌توان انتظار داشت سود همه معاملات مضاربه در مورد کلیه کالاها مثلاً ۲۴٪ ثابت باشد. بنا بر این می‌توان گفت که در مضاربه بانکی در اکثر موارد سود به صورت واقعی تعیین، محاسبه و

دریافت نگردیده است که این امر بیانگر ضعف کنترل و نظارت بانکها در دریافت سود واقعی می باشد.

۲. در توجیه پیش بینی سود یا حداقل نرخ سود مورد انتظار می توان چنین گفت که بانکها هنگام انعقاد قرارداد مضاربه با متقاضیان با توجه به مصوبات شورای پول و اعتبار - چنانکه قبلاً گفته شد - از آنها می خواهند تا کالای موضوع تجارت را به صورتی خرید و فروش نمایند که حداقل در صد تعیین شده به عنوان سهم بانک از سود عاید آنها گردد. بدین ترتیب چنانچه متقاضیان وام به صورتی عمل نمایند که سهم بانک از سود، کمتر از مقدار تعیین شده باشد باید کسری آن را از مال خود به بانک بپردازند. البته در صورت تنزل قیمتها و عدم امکان فروش کالاهای مورد مضاربه - به گونه ای که حداقل آن در صد از سود برای بانک تأمین گردد - عاملین می توانند قبل از هر گونه اقدامی با بانک مربوطه مشورت نموده و بانکها نیز در صورت احراز ادعای عامل با فروش کالا به نرخ کمتر سود و یا حتی ممکن است با فروش آن بدون سود موافقت نمایند.

در کتاب «عملیات بانکی داخلی - ۲» آمده است: «در مواردی که به هنگام سوبه حساب، سهم سود بانک کمتر از میزان سود مورد انتظار حاصل می شود، عامل باید با ارائه ادله مثبت بانک را متقاعد سازد که نقصان سود تحت تأثیر و دخالت عوامل خارج از کنترل وی بوده است. در صورتی که به نحوی از انحاء به بانک ثابت گردد که عامل در زمان انعقاد قرارداد مضاربه تمامی بررسی های لازم را پیرامون وقوع معامله به انجام رسانده و نیز اطلاعاتی که به بانک ارائه نموده با واقعیت مطابقت داشته است و هم چنین مشخص گردد که عامل از زمان انعقاد عقد قرارداد تا زمان تسویه با نهایت کوشش در جهت انجام موضوع مضاربه، اقدام نموده است، در این صورت عامل از بازپرداخت هر نوع وجهی مازاد بر خسارت وارد بر اصل سرمایه مبرا است» (ص ۸۱). در مشارکت مدنی^۱ نیز در صورتی که مشارکت منتج به زیان گردد و این امر بر بانک ثابت شود، به موجب قرار داد شریک فقط ضامن اصل سرمایه بانک بوده و از حساب جاری وی برداشت می گردد (همانجا، ۹۳-۹۴، عملیات بانکی بدون ربا، ۹۹-۱۰۰)

۱. مشارکت مدنی عبارت است از در آمیختن سهم شرکت نقدی و یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع، به منظور انتفاع طبق قرار داد (عملیات بانکی بدون ربا، ۸۹).

توجیه مزبور در مورد پیش‌بینی سود یا حداقل نرخ سود مورد انتظار بانک که در راستای اهداف تدوین‌کنندگان قانون نظام بانکی بدون ربا مبنی بر حذف معاملات ربوی از عملیات بانکی می‌باشد، فرق آن را با سودی که در معاملات ربوی مورد نظر است مشخص می‌نماید، زیرا در معاملات ربوی برای سود در نظر گرفته شده حداقل و حداکثری فرض نمی‌شود و مقدار آن ثابت است اما در «پیش‌بینی سود» مقدار سود ثابت نبوده و در حداقل و حداکثر متغیر است.

با توجه به همه آنچه که گفته شد از ذکر نکته‌ای نباید غافل ماند و آن این است که تعیین در صدی ثابت از سود در بانکها به هنگام انعقاد قرارداد مضاربه، به عنوان حداقل سهم بانک ممکن است، موجب انحراف مضاربه از مسیر اصلی و واقعی گردد.

بدین صورت که عامل با تکیه بر آن، سرمایه داده شده توسط بانک را به هر نحو دلخواه و در رابطه با رفع نیازهای شخصی خود مورد استفاده قرار داده و در امر تجارت بکار نگیرد. در نهایت ضمانت اجرای تخلفات خود را پرداخت همان حداقل سود مورد انتظار تعیین شده به بانک بدانند. بانک نیز با اطمینان خاطر از این که به هر حال عامل حداقل سود تعیین شده را به او خواهد پرداخت، از کنترل کار وی و هدایت نامبرده در اهداف مضاربه (یعنی تجارت) منصرف شود. در این مورد بجاست بانکها بر اساس ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی مضاربه^۱ به طور جدی و عملاً نظارت و کنترل لازم را جهت حصول اطمینان نسبت به انطباق نحوه استفاده، مصرف و برگشت سرمایه مضاربه با مفاد قرارداد به عمل آورند.

۳. با توجه به دولتی بودن بانکها در کشور تعیین در صدی ثابت به عنوان حداقل سهم بانک از سود هنگام انعقاد قرارداد مضاربه در مورد کالایی خاص و بدون در نظر گرفتن شرایط زمان فروش کالا، در واقع به منزله تثبیت افزایش قیمت کالای مزبور توسط دولت بوده و این کار باعث تورم اقتصادی در جامعه خواهد شد. این اشکال در صورت خصوصی شدن بانکها نیز وارد بوده، و به گونه‌ای دیگر در افزایش قیمتها مؤثر است.

۴. همان طوری که گفته شد چنانچه در مضاربه بانکی در حداقل نرخ سود مورد

۱. ماده ۱۰ - بانکها مکلفند بر مصرف سرمایه نقدی (منابع) و برگشت آن و همچنین بر عملیات اجرائی مضاربه نظارت لازم و کافی به عمل آورند.

انتظار نقصانی بوجود آید و بر بانک با دلایل متقن ثابت شود که این ضرر بدون تعدی و تفریط عامل بوده است، بانک ضرر بوجود آمده را تقبل می‌کند. اما در سئوالی که مطرح است این که آیا از ابتدا می‌توان در قرارداد مضاربه شرط کرد که هرگاه سودی حاصل شد بر اساس توافق به عمل آمده بین آندو تقسیم شود اما اگر بوجود آمد، ضرر بر عهده عامل باشد؟

به نظر برخی از فقها شرط ضمان بر عامل در عقد مضاربه صحیح نیست چون او امین بوده و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست (ابن ادریس، ۳۱/۶ و ۱۷، ۷۵، صهرشتی، ۲۹۷/۱۵، ابن زهره، ۱۷، ۶۸، علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲۶۱/۱۵ و ۱۷، ۹۳؛ امام خمینی، البیع، ۱۹۰/۵) امام خمینی علت بطلان را در این می‌داند که شرط مزبور مخالف با عقل و حکم عقلاء و شرع است (البیع، ۱۹۰/۵). در ماده ۵۵۶ ق.م.آ.م آمده: «مضاربه در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی».

در مقابل به نظر بعضی از فقهاء از جمله صاحب جواهر (به نقل از مغنیه، ۱۶۱/۴) و سید محمد کاظم یزدی (۶۴۶/۲) شرط مزبور صحیح بوده و منافاتی با مقتضای عقد مضاربه ندارد. محقق یزدی گوید: شرط ضمان بر عامل فقط با اطلاق عقد مضاربه منافات دارد زیرا اطلاق عقد مضاربه به مقتضی آن است که خسارت بر عهده مالک باشد و عامل ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفریط (همانجا).

به بیان دیگر: شرط ضمان با عقد مضاربه به نحو مطلق و در صورتی که قید ضمان نشود، منافات دارد نه با مطلق عقد مضاربه و روایاتی که دلالت بر عدم ضمان مضارب (عامل) دارد نیز در صورت اطلاق است.

با توجه به توضیحات فوق و به دلیل حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (الاستبصار، ۲۳۲/۳) شرط ضمان بر عامل صحیح بوده و مشروعیت دارد اما نکته‌ای که باید بدان توجه داشت اینکه شرط مزبور در صورتی جایز است که عامل با رضایت خاطر و طیب نفس از مال خود خسارت را جبران کند و این با مقتضای عقد مضاربه و نیز بناء عقلاء منافاتی ندارد. در ماده ۵۵۸ ق.م.آ.م آمده است: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است

مگر این که بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». از این ماده استفاده می‌شود در صورتی که مضاربه به نحو اطلاق منعقد گردد، در صورت عدم وجود سود چنانچه زیانی حاصل شده باشد، این زیان به مالک تعلق گرفته و باید از کل سرمایه آن را جبران نمود و اگر سرمایه کفاف ضرر را نکند یا جبران آن به هر علت از سرمایه غیر مقدور باشد، باید از دارایی مالک پرداخت شود (امامی، ۱۰۲/۲ و ۱۰۳؛ کاتوزیان، ۱۳۱/۲). اما اگر طرفین ضمن عقد شرط کنند که ضرر بر عهده عامل باشد به نظر بعضی از حقوقدانان (حایری، ۱۳۱/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۱/۲). شرط باطل و مبطل عقد است زیرا شرط مذکور خلاف مقتضای عقد مضاربه می‌باشد. ایشان در رابطه با توجیه آن گفته‌اند: از آنجاییکه مضاربه به نیابت از سوی مالک تجارت می‌کند و اثر اساسی عقد نیز همین اعطای نمایندگی از سوی مالک به مضارب است، و از طرف دیگر می‌دانیم که در انعقاد قرارداد از طرف نماینده اگر چه او پیمان را می‌بندد ولی آثار و عواقب پیمان دامنگیر اصیل می‌شود، لذا در اینجا نیز چون مضارب نماینده مالک است از ضرر و زیان ناشی از تجارت مصون خواهد بود و این زیانها در مرحله اول باید از سود حاصله و در مرحله دوم از سرمایه و چنانچه سرمایه نیز کفاف نکرد از دارایی مالک جبران شود. بنا بر آنچه گفته شد اگر شرط شود که خسارت متوجه مالک نگردد بدین معنا است که آثار معامله در دارایی نمایند (مضارب) ظاهر شود که این با مفهوم نیابت و در نتیجه با مقتضای عقد مضاربه مخالفت است (همانجا).

در قانون مدنی ذیل ماده ۵۵۸ برای جبران خسارت توسط عامل راه حلی مطرح شده مبنی بر اینکه اگر بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا مجاناً به مالک تملیک کند، شرط صحیح است و به اساس عقد خدشه‌ای ایجاد نمی‌گردد. در نظام بانکداری اسلامی آمده است: «مسئولیت عامل در حفظ سرمایه همان مسئولیتی است که قانوناً بر عهده امین است جز در صورت تفریط و تعدی. به این ترتیب عامل ضامن سرمایه و یا مسئول خسارات حاصله از تجارت نخواهد بود مگر اینکه به طور لزوم در قرارداد شرط شده باشد که عامل از مال خود به مقدار خسارت یا زیان به طور رایگان به مالک تملیک کند» (همان، ۷۸/۲).

در توجیه این امر می‌توان چنین استدلال کرد که شرط مزبور مانع از توجه ضرر به مالک نمی‌شود، بلکه در صورت ورود ضرر و زیان، خسارت بر عهده مالک بوده و متوجه سرمایه او می‌شود، ولی از آنجایی که هر فردی که واجد اهلیت معامله باشد می‌تواند اموال خود را مجاناً به دیگری هبه یا صلح نماید، در شرط مذکور نیز عامل معهد می‌شود چنانچه به اصل سرمایه بانک خسارت و نقصانی وارد شد، به میزان زیان وارد شده از اموال خود بلا عوض و مجاناً به مالک تملیک کند و این هیچگونه منافاتی با احکام و قوانین ندارد. اما - همان طور که گفته شد - چنین شرطی باید به صورت لازم و ضمن عقد لازمی بیاید. از این رو در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه اشاره به عقد صلح شده و آمده است: «بانکها موظفند برای جبران خسارت وارد بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستورالعمل از عامل تعهد کافی اخذ نمایند». زیرا صلح بر اساس ماده ۷۵۸ و ۷۶۰ ق.م. و به اجماع فقهاء (جوهر، ۲۶/۲۱۲).

عقدی مستقل و لازم بوده و جز در موارد قانونی قابل فسخ نیست و چون مضاربه از عقود جایز است (اماده ۵۵۰ ق.م)، از این رو تعهد عامل به پرداخت زیان وارده به تجارت و اصل سرمایه به صورت شرط ضمن عقد صلح صحیح بوده و منعقد می‌گردد.

منابع

آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، تصویب‌نامه شماره ۸۸۶۲۰ هیئت وزیران، مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲.

ابن ادریس، ابومنصور محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ در سلسله الینابیع الفقیهه علی اصغر مروارید، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

ابن زهره، حمزه بن علی بن زهره حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، چاپ در سلسله الینابیع الفقیهه.

ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.

اصفهان‌ی، سید الوالحسن موسوی، وسیلة النجاة، نجف اشرف، المكتبة المرتضویة، چاپ ششم.

- امام خمینی، روح الله الموسوی، البیع، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق
 همو، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۰ ش.
 بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، چاپ مرداد ماه ۱۳۲۹ ش.
- بهمنی، محمود، بررسی عقد مضاربه و عملکرد آن در بانکهای تجاری کشور (در سالهای
 ۱۳۶۳ - ۱۳۷۲) پایان نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه بانکداری ایران، تیرماه ۱۳۷۴ ش.
 حایری (شاهباغ)، سید علی، شرح قانون مدنی، تهران، چاپخانه آفتاب.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت،
 دارالتراث، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- الخورری الشرتونی، سعید، اقرب الموارد، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
 دستورالعمل اجرایی مضاربه، مصوب ۵۲۵ جلسه شورای پول و اعتبار، مورخ
 ۱۳۶۳/۱/۱۹.
- شهید اول، محمدبن جمال الدین مکی عاملی، اللمعه الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت،
 دارالتراث - الدار الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
 همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، منتهی الارب فی لغة العرب، انتشارات کتابخانه
 سنایی.
- صهرشتی، نظام الدین، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، چاپ در سلسله الینایع الفقیهه.
 طباطبایی، سید علی، ریاض المسایل و حیاض الدلائل، قم، مؤسسه آل البيت.
 طریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، تهران، المکتبه المرتضویه، چاپ دوم، شهریور
 ۱۳۶۲ ش.
- عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هفتم،
 ۱۳۴۲ ش.
- عقود اسلامی در نظام بانکی بدون ربا، تهران، معاونت امور اقتصادی - وزارت امور
 اقتصادی و دارایی، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۳ ش.

علامه حلی، شیخ جمال‌الدین ابی منصور الحسن، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، مجمع الذخائر الاسلامیة.

همو، تذکره الفقهاء، تهران، المكتبة المرتضویة الاحیاء الآثار الجعفریة.

همو، قواعد الاحکام، چاپ در سلسله الینابیع الفقھیة.

عملیات بانکی بدون ربا، تهران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، اداره آموزش و مطالعات نیروی انسانی، مرداد ۱۳۶۴ش.

عملیات بانکی داخلی - ۲ (تخصیص منابع)، مؤلفان: علیاصغر هدایتی، علی اصغر سفری و حسن کلهر، تهران، مؤسسه بانکداری ایران - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۰ش.

فاضل مقداد، جمال‌الدین المقداد بن عبدالله السیوری، کنزالعرفان فی فقه القرآن، تهران، المكتبة المرتضویة الاحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۶۵ش.

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها - صلح)، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۳ش.

کریمی، علی اصغر، مضاربه در حقوق ایران و کاربرد آن در امور بانکی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸ش.

مجموعه قوانین اسامی - مدنی، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۴ش.

محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال والحرآم، تهران، انتشارات استقلال، چاپ سوم، ۱۴۰۳ق.

مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق(ع)، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۷م.

نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب اسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۶۵ش.

یزدی، سید محمدکاظم، العروة الوثقی، تهران، المكتبة العلمیة الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۳ش.

