

تحلیل حقوقی و اقتصادی سود معین در مضاربه بانکی

محمد سلطانی*

شهرزاد حدادی**

چکیده

یکی از ویژگی‌های اساسی عقد مضاربه اشاعه طرفین در سود و زیان حاصل از فعالیت تجاری است، به نحوی که هر کدام از آنها به نسبتی که در ابتدای عقد بر آن توافق می‌کنند، در سود به‌دست‌آمده شریک باشند و عامل به عنوان امین مالک تمام تلاش خویش را به کار بندد تا سرمایه وی را در عملیاتی سودآور به کار گیرد. این نوشته در پی آن است تا با تأکید بر رویه عملی بانک‌ها، مباحث تحلیل اقتصادی حقوق و نیز رویه قضایی، وضعیت سود معین در مضاربه بانکی را تحلیل نماید. تحلیل اقتصادی موضوع و بررسی رویه عملی نشان می‌دهد که در مضاربه‌های بانکی عموماً بانک به دنبال آن است تا میزان معینی از سود را بدون توجه به نتایج واقعی حاصل از فعالیت موضوع مضاربه به‌دست آورد؛ در حالی که مقتضای ذات عقد مضاربه تجارت کردن و اشاعه طرفین در سود و زیان حاصل از فعالیت‌های تجاری است. به نظر می‌رسد که اگر اثر چنین شرطی صرفاً خروج قرارداد از شمول عنوان مضاربه باشد و عقد، یک قرارداد معتبر موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته شود، معامله منعقد یک معامله ربوی خواهد بود. از طرف دیگر اگر شرط صرفاً نامشروع تلقی گردیده و باطل و غیرمبطل باشد، کان‌لم‌یکن محسوب شده و همچنان وضعیت توزیع سود میان عامل و بانک مبهم باقی می‌ماند. بر این اساس باید پذیرفت که شرط ناظر بر تعیین سود به نحو معین، خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه و به استناد بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی باطل و مبطل است. برون‌رفت از این وضعیت مستلزم فراهم ساختن ساختار لازم برای اجرای قواعد بانکداری اسلامی است.

کلیدواژه‌ها: تسهیلات بانکی، مضاربه، سود معین، مقتضای ذات مضاربه، تحلیل

اقتصادی حقوق.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) m_soltani@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی sh.haddadi.law.s@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۳/۱۷ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۶/۱۴

مقدمه

برخلاف بانکداری متعارف یا مرسوم^۱ که بر مبنای عقد قرض و دریافت بهره از متقاضیان استوار است، در بانکداری اسلامی^۲ 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.^۳ این امر سبب می‌گردد که بانک وارد فعالیت‌های سرمایه‌گذاری شود و به وکالت از سپرده‌گذاران، وجوه آنان را در انواع فعالیت‌های تجاری به کار گیرد. بدین ترتیب بانک اسلامی در قامت یک بازرگان ظاهر می‌شود و دیگر نمی‌توان آن را یک واسطه وجوه صرف دانست.

نقش برجسته بانک اسلامی در رونق فعالیت تجاری انکارناپذیر است. بدین ترتیب که ورود به عرصه فعالیت‌های اقتصادی مستلزم در اختیار داشتن حداقلی از منابع و امکانات است. بانک یکی از تأمین‌کنندگان اصلی منابع مورد نیاز فعالان اقتصادی است و با استفاده از عقود اسلامی موجود، تسهیلاتی را در اختیار متقاضیان قرار می‌دهد. اما در عین حال ابزارهای نظارتی کافی برای پایش عملکرد تسهیلات‌گیرندگان را در اختیار ندارد.^۴ همچنین نظارت امری پرهزینه است و بخشی از منابع بانک را به خود اختصاص می‌دهد؛^۵ در نتیجه چندان برای بانک به صرفه نیست. بنابراین بانک برای اطمینان از بازگشت منابعی که در اختیار متقاضیان قرار می‌دهد و حصول حداقلی از سود، شرایطی را در این عقود می‌گنجاند که گاه از تعریف اولیه آنها فاصله می‌گیرد. یکی از این عقود، مضاربه است و یکی از شرایط عقد مضاربه بانکی تعیین سود معین است.

نحوه عملکرد بانک‌ها و قراردادهای منعقد شده در خصوص سود مضاربه بانکی این تصور را ایجاد می‌نماید که عمل حقوقی واقع‌شده 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 مورد نظر طرفین بر آنها بار نگردد، استحکام نظام معاملات در معرض خطر قرار می‌گیرد. از طرف دیگر ممکن است

1. Conventional banking

2. Islamic banking

۳. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، تهران، میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۹۳، ص. ۳۳.

۴. موسویان، سیدعباس، «ارزیابی قراردادهای شيوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۱۹، پاییز ۱۳۸۴، ص. ۵۵.

۵. نصرآبادی، داود؛ و احمد شعبانی، چالش‌های بانک در اجرای قرارداد مشارکت در سود و زیان و راهکارهای آن،

مجله مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، ص. ۸۶.

استدلال شود که معاملات می‌بایست در چارچوب‌های مشخص شرعی و قانونی منعقد شوند و بنابراین اگر عنوان عمل حقوقی را مضاربه می‌نهییم، تمام مقرراتی که قانون مدنی و پیش‌تر از آن شرع مقدس تعیین کرده است باید رعایت گردد و آلا 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، نگاه رویه قضایی در مواجهه با این قبیل عقود مورد مطالعه قرار گیرد.

در مقاله حاضر ابتدا سود معین در عقد مضاربه از نظر فقهی و حقوقی مورد تدقیق و تحلیل قرار می‌گیرد و نظرات و استدلال‌های فقها و حقوق‌دانان بصورت مجزا مطالعه می‌شود (۱). سپس صرف‌نظر از مباحث نظری، رویه عملی که در حوزه سود معین در مضاربه به کار بسته می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرد. به همین منظور ابتدا عرف بانکداری و سپس رویه قضایی به بحث گذاشته می‌شود تا در نهایت وضعیت حقوقی سود معین در مضاربه بانکی آشکار گردد (۲).

۱. تحلیل فقهی و حقوقی سود معین در عقد مضاربه

نظریات فقهی در تدوین مواد قانون مدنی نقش بسیار مهمی ایفا کرده‌اند. بدین ترتیب در بسیاری موارد نظر مشهور فقها در یک موضوع معین، در قالب مواد قانون مدنی تجلی پیدا کرده است. یکی از این موارد «تعیین مشاعی سود در مضاربه» است؛ اما این بدان معنا نیست که نظر اقلیت فقها فاقد مبنای استدلالی باشد. از همین رو لازم است برای درک مواد قانون مدنی، ابتدا مبانی فقهی مطالعه گردند (۱-۱) و سپس مواد قانونی مرتبط از منظر حقوقی مورد بررسی قرار گیرد (۲-۱).

۱-۱. تحلیل فقهی

در میان فقها نظریات مختلفی پیرامون توافق طرفین در نحوه تقسیم سود مطرح شده است. مشهور فقها توافق در خصوص پرداخت میزان معینی از سود را باطل می‌دانند (۱-۱-۱) و اقلیتی از آنان هم این نحوه تعیین سود را صحیح می‌شمارند (۱-۱-۲).

۱-۱-۱. دیدگاه مشهور فقها

مشهور فقها مضاربه را عقدی می‌دانند که به موجب آن شخصی مالی به دیگری می‌دهد تا با آن تجارت کند و طرفین به نحو مشاعی در سود حاصل از تجارت شریک باشند.^۱ در نتیجه اگر بنا باشد تا تمام سود از آن مالک مال باشد، عمل حقوقی واقع شده بضاعت است^۲ و قراض یا مضاربه زمانی محقق می‌شود که ربح به نسبت میان طرفین تعیین و تقسیم شود. این تعریف را فقهای دیگر هم ارائه داده‌اند. به عنوان مثال شیخ صدوق در تعریف عقد مضاربه می‌فرماید: «مضاربه آن است که شخصی مالی به دیگری می‌دهد که با آن دادوستد کند و از سود آن به سهم معلومی نصف یا ثلث یا ربع ببرد و خسارت به عهده صاحب مال باشد».^۳ این نحوه تعریف عقد مضاربه بدان معنی است که تعیین مشاعی سود، مقتضای ذات عقد مضاربه است. همچنین علامه حلی چهار شرط را برای سود در عقد مضاربه بر می‌شمارند. یکی از آنها این است که سود به صورت مشاعی و جزئاً تعیین شده باشد؛ مانند اینکه طرفین توافق کنند تا نصف یا یک‌سوم سود از آن عامل باشد. حال اگر مالک با عامل شرط کند که سهم وی از سود ۱۰۰ بوده و مابقی میان ایشان مشترک باشد، مضاربه باطل است،^۴ زیرا در اینجا طرفین به گونه‌ای سود را به صورت قطعی تعیین کرده‌اند. محقق کرکی نیز چنین اعتقادی دارند و مضاربه را عقدی می‌دانند که سهم عامل و مالک از سود به نحو مشاع تعیین شده باشد.^۵ برخی دیگر نیز معتقدند که یکی از شرایط شرعی عقد مضاربه تعیین سود به نحو کسر مشاع مانند ثلث، نصف و یا ربع است و طرفین نمی‌توانند توافق کنند که

۱. ادعا شده است که شیخ مفید، شیخ طوسی، ابن جنید و جماعتی دیگر از فقها به این تعریف از عقد مضاربه قائل هستند: کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۱۰، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ه. ق، ص. ۲۹۷.

۲. محدث قمی، شیخ عباس، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، جلد دوم، قم، منشورات صبح پیروزی، ۱۴۲۳ ه. ق، ص. ۳۵۹.

۳. قمی (صدوق)، محمدین علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، جلد چهارم، ترجمه علی‌اکبر غفاری، تهران، نشر صدوق، ۱۴۰۹ ه. ق، ص. ۳۰۸؛ وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، چاپ نهم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ه. ق، ص. ۴۵۲. همچنین شهید ثانی در شرح لمعه مضاربه را این‌گونه تعریف می‌کند: «و هی ان یدفع مالا الی غیره لیعمل فیه بحصه معینه من ربحه» لطفی، اسدالله، مباحث حقوقی شرح لمعه، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۵.

۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، (طبعه القدیمه)، جلد ۱، مشهد، موسسه آل‌البتیت علیهم السلام، بی‌تا، ص. ۲۷۷؛ حسینی شیرازی، سید صادق، التعليقات علی شرائع الاسلام، جلد اول، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ ه. ق، ص. ۳۹۶.

۵. عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد سیزدهم، قم، موسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه. ق، ص. ۸۲؛ بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی (با تعلیقات میرزای شیرازی)، تهران، ۱۳۱۰ ه. ق، ص. ۱۱۱.

ماهیهانه مبلغ معینی به عنوان سود متعلق به عامل باشد و چنین مضاربه‌ای صحیح نیست. البته ایشان ادامه می‌دهند که مالک می‌تواند پس از حصول سود در انتهای هر ماه مقدار مشخصی از آن را به عامل صلح کند.^۱ بدین ترتیب از نظر ایشان موردی که می‌توان مقدار مشخصی از سود را به عامل اختصاص داد زمانی است که این میزان سود پس از اینکه حاصل شد، به وی صلح شود. بنابراین عقد مضاربه به تنهایی و ارتجالاً نمی‌تواند متضمن تعیین سود معین برای یکی از طرفین باشد. برخی دیگر از فقها نیز عدم صحت مضاربه‌ای که سود در آن به نحو قطعی معین شده باشد را به روایات مستند کرده‌اند. از منظر آنان مضاربه‌ای که در روایات آمده، آن است که سود میان مالک و عامل به نحو مشاع تعیین شود.^۲

برخی از فقها به منظور تعیین سود به نحو معین جعاله در مقام مضاربه را قابل انعقاد می‌دانند. اگر مالک وجه مشخصی را برای عامل از بابت سود تعیین کند، گویی در نظر دارد تا جعاله منعقد نماید، مانند آن که مالک بگوید «هرکس گمشده من را پیدا کند و بیاورد این مقدار وجه به او می‌پردازم». بر این اساس دیگر مضاربه‌ای در کار نخواهد بود.^۳

همچنین گفته شده است که اگر متعاملین توافق کرده باشند که مالک مالی به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و تمام سود از آن عامل باشد، عمل حقوقی واقع شده، قرض [مداینه] خوانده می‌شود.^۴ در این فرض هنگامی که مالک سرمایه خود را به عامل می‌دهد تا با آن تجارت کند، در واقع اموال خودش را به عامل تملیک می‌کند. با قبض مال، سرمایه در مایملک عامل قرار می‌گیرد و ذمه وی مشغول به رد مثل مال به مالک می‌گردد. در چنین وضعیتی تمام سود حاصله، به تبعیت از مالکیت عین، در ملک عامل ایجاد می‌شود و بدین ترتیب سود از آن وی خواهد بود.

در طرف دیگر اگر متعاملین توافق کرده باشند که تمام سود از آن مالک باشد، عمل حقوقی رخ داده مشمول عنوان بضاعت است.^۵ بضاعت عمل حقوقی است که به موجب آن مالک سرمایه خویش را به عاملی می‌دهد تا با آن تجارت کند و شرط شده

۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الاحکام، جلد دوم، قم، انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۷ ه. ق، ص. ۲۸۳.

۲. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، جلد چهل و ششم، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۳۱ ه. ق، ص. ۱۱.

۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، جلد سوم، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه. ق، ص. ۲۳۳.

۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، منبع پیشین، ص. ۲۹۷؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی (المحشی)، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه. ق، ص. ۱۴۶.

۵. همان، صص. ۱۴۶-۱۴۵.

باشد که تمام سود از آن مالک باشد. در چنین شرایطی عامل هیچ بهره‌ای از سود نمی‌برد و صرفاً به استناد قاعده «عمل المسلم محترم حتی یقصد التبرع»، مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خویش است.

بدین ترتیب هر عقدی تابع قصد متعاقدین بوده و در صحت آن الفاظ مخصوصی شرط نیست، بلکه به هر لفظ یا فعلی که کاشف از قصد متعاقدین باشد معامله مورد نظر واقع می‌شود. بنابراین ممکن است عقد قرض و یا بضاعت به صیغه مضاربه واقع شود به شرط اینکه قرینه حالیه دلالت بر مراد متعاقدین نماید، زیرا مضاربه در معنای حقیقی خود مقتضی مشارکت طرفین در سود است.^۱

۱-۲. دیدگاه اقلیت فقها

تعدادی از فقها توافق طرفین عقد مضاربه بر تعیین سود به نحو معین و مفروز را صحیح دانسته‌اند. ایشان به حدیثی از امام موسی کاظم (ع) استناد می‌کنند^۲ و بیان می‌دارند که دلیلی وجود ندارد که بر لزوم تقسیم سود به صورت کسر مشاع دلالت کند و مقتضی اطلاق حدیث، یکسانی صحت هر دو فرض است که در یکی از آنها سود به نحو کسر مشاع و در دیگری به نحو معین تعیین شده باشد و نهایتاً نتیجه می‌گیرند که سود بر اساس مطلق توافق طرفین تقسیم می‌شود و این توافق صحیح است.^۳ برخی دیگر از فقها تعیین سود مضاربه به نحو معین را در فرضی صحیح می‌دانند که طرفین اطمینان داشته باشند سودی که در مجموع حاصل می‌شود از آن مقدار معین تعیین شده بیشتر است.^۴ در استفتائات فقهای معاصر نیز برخی بر این عقیده‌اند که تعیین سود در عقد مضاربه به دو روش صورت می‌گیرد که در یکی از آنها طرفین توافق می‌کنند تا مقدار معینی از سود از آن عامل و مابقی از آن مالک باشد یا برعکس. در روش دیگر طرفین توافق می‌نمایند تا کسر مشاعی از سود اعم از نصف، ثلث و امثال آن به عامل تعلق گیرد.^۵

۱. بی‌نا، «بحث در موضوعات حقوقی راجع به مضاربه - در ریح»، مجموعه حقوقی از نشریات اداره فقهی، شماره ۹، ۱۳۱۵، ص. ۳۵.

۲. «و یوید المدعی ایضا ما رواه الکاهلی عن ابی الحسن موسی علیه‌السلام فی رجل دفع الی رجل مالا مضاربه فجعل له شیئا من الریح مسمی فابتاع المضارب متاعا فوضع فیه قال علی المضارب من الوضیعه بقدر ما جعل له من الریح». طباطبایی قمی، سیدتقی، الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی، قم، انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳ ه. ق، ص. ۲۰.

۳. همان.

۴. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، جامع المسائل، قم، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵ ه. ق، ص. ۲۶۶.

۵. موسوی خمینی، روح‌الله، توضیح المسائل، جلد دوم، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ه. ق، صص. ۳۰۲-۳۰۳.

برخی دیگر از فقها نیز معتقدند در یک فرض امکان دارد طرفین از ابتدا مقدار سود را به صورت معین تعیین کنند و آن هم زمانی است که مالک از ابتدا عامل را وکیل خود کند تا هنگام پرداخت حق مالک، عامل علاوه بر تقسیم آن مقدار سودی که واقعا به دست آمده است مبلغ اضافه‌ای را که لازم است پرداخت گردد تا سود معین مدنظر مالک تامین شود، وکالتاً از جانب مالک به او صلح کند.^۱ البته طرفین این امکان را نیز دارند تا بعداً آن میزان از سود را که در نظر دارند، مصالحه نمایند.^۲ در اینجا هر چند از ابتدا تعیین سود به صورت معین صحیح دانسته نشده اما حسب مورد با استفاده از دو عقد وکالت و صلح، سعی شده است تا چنین توافقی صحیح قلمداد گردد. برخی دیگر نیز علی‌رغم صحیح دانستن تعیین سود به نحو معین در فرضی که سود نهایی حاصله از آنچه طرفین توافق نموده‌اند بیشتر باشد، پیشنهاد داده‌اند که پس از تعیین سهم سود، مالک سرمایه می‌تواند شرط کند که عامل ماهیانه مبلغ معینی از مال خود را به صاحب سرمایه قرض بدهد و از جانب وی وکیل باشد تا سهم مالک از سود را با پولی که به او قرض داده مصالحه نماید و اگر هم سودی حاصل نشد، مالک را از آن قرض بری‌الذمه کند.^۳ در کنار این دسته از فقها برخی از معاصران نیز تعیین سود معین در مضاربه‌های بانکی را پذیرفته‌اند. بدین ترتیب مالک مطابق این نظر، بانک می‌تواند شرط کند که اگر سود به مقدار مشخص نرسید عامل مکلف است تا سقف مقدار تعیین شده از مال خود به مالک بپردازد. همچنین مالک می‌تواند شرط نماید که اگر مضاربه سود نداشت، وی حق داشته باشد به مقدار سود تعیینی از اموال عامل بردارد.^۴

۲-۱. تحلیل حقوقی

برخی از حقوق‌دانان معتقدند مضاربه‌ای که در آن شرط تعیین سود به نحو معین درج شده باشد، اجمالاً متضمن تحقق یک عمل حقوقی صحیح است (۱-۲-۱) و برخی دیگر نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می‌شمارند و کمابیش استدلال‌های مشابه فقهی را به کار می‌گیرند (۱-۲-۲).

۱. استفاده از عقد وکالت در این خصوص با ابهام مواجه است؛ زیرا اگر سود به دست آمده متعلق به عامل باشد برای تملیک آن به مالک سرمایه نیازی به انعقاد عقد وکالت وجود ندارد مگر آنکه منظور از وکالت در اینجا، تفویض اختیار حقوقی قبول عقد صلحی باشد که قرار است به موجب آن مبلغ بیشتری از سود به مالک تعلق گیرد.

۲. بهجت، محمدتقی، منبع پیشین، ص. ۳۳۵.

۳. تبریزی، جواد بن علی، استفتانات جدید، جلد ۲، قم، بی‌تا، ص. ۲۴۷.

۴. سیستمی، علی، استفتانات، سایت اینترنتی، سوال‌ها و جواب‌ها، بانک، سؤال ۱۹، به نقل از: موسویان، سید عباس، معاملات بانکی از دیدگاه مراجع تقلید، پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۱.

۱-۲-۱. دیدگاه معتقدان به صحت عمل حقوقی واقع شده

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 بر می‌آید این است که یکی از شاخصه‌های عقد مضاربه، اشاعه در سود است به نحوی که حصه هر کدام 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 صرف نظر از عنوان قابل انتساب، قرارداد صحیحی منعقد شده است.

بدین ترتیب اگر طرفین هر کدام 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 با توجه به قاعده سلطه، قاعده شروط و عقلایی بودن مفاد چنین شرطی، صحیح است و مغایرتی با قواعد آمره حقوق اسلام ندارد.^۱ 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 به طور 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 در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود، مقتضای مضاربه است یا نه؟ بلکه پرسش اصلی این است که آیا توافقی که در آن سهم عامل به طور قطعی معین شده است با قانون یا نظم عمومی مخالفت دارد یا اینکه طبق ماده ۱۰ ق.م.ب باید آن را نافذ شمرد.^۲ 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 بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ خواهد بود.^۳ بدین ترتیب با توجه به امضایی بودن

۱. باریکلو، علیرضا، «وضعیت شرط تضمین سود»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷، ص. ۱۰۲.

۲. البته باید به این نکته توجه نمود که درج شرط سود به نحو معین در عقد مضاربه، این عقد را به یک عقد قرض ربوی تبدیل می‌نماید و چنین عقدی به وضوح با نظم عمومی مغایرت دارد.

۳. داورزنی، حسین؛ و سیدمحمد رضوی، «امکان‌سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت‌های تجاری»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ص. ۸۷. برای مطالعه پاسخ‌های

غالب عقود در اسلام و اصل حاکمیت اراده طرفین، مادامی که توافقات خصوصی افراد با 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 بطوری که از تعریف آن در ماده ۵۴۶ قانون مدنی بر می‌آید 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 باشند.^۱

۱-۲-۲. دیدگاه معتقدان به بطلان عقد

برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند، در عقد مضاربه، تمام سود باید به طور مشاع معین شود و در صورتی که برای یکی از دو طرف عقد، ربح به طور ثابت معین گردد و باقی آن برای طرف دیگر باشد، معامله، باطل و بی‌اثر است.^۲ 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.^۳ 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؛ در حالی که در بحث حاضر اختلاف در امر حکمی و تأثیر اشتراط سود به نحو معین در صحت و اعتبار عقد است. بنابراین نمی‌توان با استناد به اصل صحت شرط مزبور را صحیح پنداشت.

← ارائه شده به استدلال مزبور رک: تفرشی، محمدعیسی؛ و جلیل قنواتی، «ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران»، مجله مدرس، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۷، صص. ۱۲۷-۱۲۶.

۱. بی‌نا، منبع پیشین، ص. ۳۵.

۲. تفرشی، محمدعیسی؛ و جلیل قنواتی، منبع پیشین، ص. ۱۳۱؛ طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه. ق، ص. ۲۶۴؛ ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، «بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۷۹، ص. ۹۵؛ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات اسلامی، بی‌تا، ص. ۱۰۱؛ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۳۹۳.

۳. نجفی، پیشین، صص. ۳۶۶-۳۶۷ به نقل از تفرشی، محمدعیسی؛ و جلیل قنواتی، منبع پیشین. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصله الفساد رک: موسوی، سیدصادق، «ادعاء الغلط و اصله الصحه فی العقود»، مجله دانشکده ادبیات و علوم انسانی، شماره ۳۴، پاییز ۱۳۸۰، ص. ۲۶۶.

ب) مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد مضاربه: در موردی که حداقل سودی برای صاحب سرمایه به طور معین در نظر گرفته شود، شرط و عقد باطل است؛ زیرا چنین شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است.^۱ در واقع مقتضای ذات عقد مضاربه این است که عامل با سرمایه مالک تجارت کند و آنان به صورت جزء مشاع در سود حاصله شریک باشند. شرط خلاف چنین امری، شرط باطل و مبطلی است که مشمول بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی می‌باشد.

پ) تحقق ربا در معامله: در فرضی که طرفین در عقد مضاربه سود را بصورت قطعی تعیین می‌کنند، ربا محقق می‌شود.^۲ 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 از وی دریافت می‌دارد. این مورد مشمول احکام رباست. بدیهی است معامله ربوی نامشروع و باطل است.

به اعتقاد ما باید اضافه نمود که اگر محتوای شرط تعیین سود به نحو معین آن باشد که تمام سود حاصله از آن مالک سرمایه گردد، چنین عقدی در واقع نوعی اجاره خدمت است که به موجب آن اجیر مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خود می‌باشد. اما اگر شرط شود مبلغ معینی به عنوان سود از آن مالک باشد، عمل حقوقی واقع شده مصداقی از عقد قرض ربوی است که نه تنها باطل است؛ بلکه نمی‌تواند منشاء تحقق عمل حقوقی صحیح دیگری نیز باشد. در چنین فرضی با توجه به اینکه عمل حقوقی مزبور، لغو و باطل است، اصل سرمایه مجدداً به مالک باز می‌گردد و عامل مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خویش می‌باشد. بنابراین لزوم پرداخت اجرت‌المثل به عامل مبنای قراردادی ندارد.

ضمناً باید توجه داشت از ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز امکان تضمین سود معین بر نمی‌آید، زیرا شرط تضمین سود بصورت قطعی و یقینی، خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه است.^۳ چنین شرطی مصداق شرط ناعادلانه‌ای است که قانون‌گذار نظر به بطلان آن در شرکت‌های مدنی دارد.^۴

۲. 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

۱. طاهری، حبیب‌الله، منبع پیشین، ص. ۲۶۴.

۲. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، منبع پیشین، ص. ۹۵.

۳. برای ملاحظه نظری دیگر نگاه کنید: مسعودی، علیرضا، حقوق بانکی، انتشارات پیشبرد، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۲.

۴. کاشانی، سیدمحمود، حقوق مدنی: قراردادهای ویژه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۱.

متفاوت از نظریات مشهور فقها و حقوق‌دانان باشیم. در همین راستا لازم است ابتدا عرف بانکداری موجود در این زمینه بررسی شود (۱-۳) و سپس واکنشی که رویه قضایی نسبت به تعیین سود معین در مضاربه از خود نشان می‌دهد مورد مطالعه قرار گیرد (۲-۳).

۲-۱. عرف بانکداری

در رویه بانکداری، قراردادهای اعطای تسهیلات به‌گونه‌ای تنظیم شده و بانک‌ها به نحوی عمل می‌کنند که از بازگشت نرخ سود ثابتی اطمینان حاصل می‌کنند. به همین منظور سود تجارت عموماً به صورت معین تعیین می‌شود (۲-۱-۱) و تحلیل‌های اقتصادی نیز عملکرد بانک‌ها را با توجه به رسالتی که بر عهده دارند توجیه می‌نمایند (۲-۱-۲).

۲-۱-۱. تعیین سود به صورت معین

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.^۱ بدین ترتیب از منظر قانون تجارت عمل موضوع مضاربه حوزه وسیعی دارد.^۲ 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 بر اساس 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

۱. از منظر فقهی غالباً تجارت منحصر در خرید و فروش بوده و احادیث متعددی که از پیامبر اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع) پیرامون تجارت نقل شده است، ناظر بر معامله کالا و آداب خرید و فروش آنها در بازار مسلمانان است. به همین لحاظ از منظر فقهی، امور بازرگانی به خرید و فروش اموال محدود شده و سایر اعمال مذکور در ماده ۲ قانون تجارت را در بر نمی‌گیرد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: محیطی اردکانی، احمد، «تجارت در نگاه شریعت (۱)»، مجله فرهنگ کوثر، شماره ۳۶، اسفند ۱۳۷۸؛ اشپولر، برتولد، «تجارت سرزمین‌های شرقی در سده‌های نخستین اسلامی»، ترجمه یعقوب آژند، مجله تاریخ اسلام، شماره ۵، بهار ۱۳۸۰، صص. ۱۸۴ به بعد.

۲. سلطانی، محمد، «بررسی کتاب تبیین ماهیت و آثار عقود مشارکتی»، مجله فقه و حقوق، فصلنامه نقد کتاب، سال اول، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، صص. ۲۰۲.

اعم از نوسانات نرخ تورم و تحولات بازار، ثبات قوانین و مقررات حاکم و امثال آن بر سودآوری فعالیت تجاری عامل تاثیر می‌گذارد. به همین دلیل بانک‌ها برای حفظ سپرده‌های مشتریان خود در عمل اقداماتی انجام می‌دهند تا نرخ سود مورد انتظار بانک در تسهیلات مضاربه قطعی و معین گردد و آن را به علاوه 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 به علاوه سود مورد انتظار بازپرداخت می‌نمایند.^۱

دریافت سود مورد انتظار به گونه‌ای که به صورت قطعی دریافت شود، عموماً در قراردادهای بانک‌های مختلف به روش‌های گوناگون درج شده است. در واقع بانک‌ها هنگام انعقاد قرارداد مضاربه با تسهیلات‌گیرندگان، ایشان را متعهد می‌نمایند تا کالای موضوع تجارت را به صورتی خرید و فروش نمایند که حداقل درصد تعیین‌شده 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 کمبود آن را از مال خود به بانک بپردازند.^۲

با وجود این، علی‌رغم شروط در نظر گرفته شده در قراردادهای اعطای تسهیلات، می‌توان اثر اشتراط سود معین را صرفاً انتقال بار اثبات دعوا در خصوص 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.^۳ 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 مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶، فرم قرارداد یکنواخت مضاربه را در تاریخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ تصویب نموده است. مفاد قرارداد مضاربه

۱. اسلام پور کریمی، حسین، «مضاربه واقعی و فاصله آن با عملکردها (چالش‌ها، راه حل‌ها و پیش نهاد بانک مضاربه‌ای)»، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۹۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۷، ص. ۴۶.

۲. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، منبع پیشین، صص. ۱۰۱-۱۰۰.

۳. ایزدی‌فرد، همان؛ سلطانی، محمد، حقوق بانکی، منبع پیشین، ص. ۱۷۷؛ هدایتی، علی‌اصغر؛ سفری، علی‌اصغر؛ و حسن کلهر، عملیات بانکی داخلی ۲ (تخصیص منابع)، چاپ دوم، مؤسسه بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰، ص. ۸۱.

جدید که از تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۱ 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 تسهیلات‌گیرندگان 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. به علاوه، عملاً از آنجا که در اکثر مواقع تجارت موضوع مضاربه به ترتیبی که در خصوص آن توافق شده است، صورت نمی‌گیرد، تسهیلات‌گیرندگان به دشواری می‌توانند اجرای قرارداد و عدم حصول سود به نحوی 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 پیشین تسری نمی‌یابد.

۲-۱-۲. تحلیل اقتصادی رویه بانکی

تحلیل اقتصادی حقوق^۱ 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.^۲ دو عنصر اساسی تحلیل‌های اقتصادی «عقلانیت» و «کارآیی» هستند که هر کدام یک سری لوازم کارکردی دارند.^۳ بنابراین لازم است تعیین سود معین در مضاربه را از منظر این عناصر مورد ارزیابی قرار دهیم.

۲-۱-۲-۱. لوازم کارکردی شاخصه عقلانیت^۴

در یک معنای کلی رفتار عقلانی متضمن درک این واقعیت است که منابع کمیاب و نیازها بی‌شمار و فراوان هستند؛ لذا تدبیر کارشناسانه‌ای لازم است تا بتوان از این منابع محدود بهترین استفاده را نمود.^۵ با این همه، اشخاص همیشه عقلانی عمل نمی‌کنند. همین امر موجب می‌شود بانک‌ها برای حفاظت از منابع مالی خود، میزان

1. Economic Analysis of Law

۲. قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، ص. ۲۱.

۳. دادگر، یدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت

مدرس و نور علم، ۱۳۹۰، ص. ۱۹.

4. Rationality

۵. دادگر، یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، تهران، نشر آماره، ۱۳۹۱، ص. ۲۴.

معینی را به عنوان سود مضاربه تعیین کنند؛ زیرا همواره این امکان وجود دارد تا متقاضیان تسهیلات با تصمیمات غیر عقلانی خود، منابع آنها را هدر دهند.

عقلانیت به عنوان یک مؤلفه اساسی در تحلیل اقتصادی رفتار کارگزاران^۱ اقتصادی از جمله بانکها، دارای لوازم کارکردی می‌باشد که با توجه به آنها می‌توان تصمیم‌های اقتصادی را ارزیابی نمود. این لوازم را می‌توان به شرح ذیل مورد اشاره قرار داد:

الف) کمیابی:^۲ زمانی که در یک چارچوب اقتصادی از کمیابی صحبت می‌کنیم، این مفهوم به منابع محدودی باز می‌گردد که این منابع، خود، ورودی‌ها و مواد اولیه تولید هستند که شامل زمین، کار و سرمایه می‌باشند.^۳ بدین ترتیب منابعی که در اختیار بانکها قرار می‌گیرد نیز محدود است و آنها باید از این منابع محدود به نحوی استفاده کنند که بتوانند سود تعهد شده در مقابل سپرده‌گذاران حساب‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تامین کنند. به همین دلیل است که بانکها میزان سود در مضاربه‌های بانکی را بصورت قطعی تعیین می‌کنند تا از این طریق نه تنها از بازگشت وجوه اطمینان حاصل کنند؛ بلکه اعتماد سپرده‌گذاران را جلب نمایند تا منابع و وجوه محدود خود را در اختیار بانکها قرار دهند.

ب) تئوری انتخاب عقلانی:^۴ تئوری انتخاب عقلانی در معنایی محدود عبارت از این است که یک کارگزار اقتصادی، حداکثرکننده اهداف عقلانی خود است. از طرف دیگر کارگزار اقتصادی عاقل میان مطلوبیت مورد انتظار^۵ از یک عمل مشخص با مطلوبیت مورد انتظار از اعمال دیگر مقایسه می‌کند و سپس گزینه‌ای را انتخاب می‌نماید که دارای بیشترین ارزش اقتصادی است.^۶

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

۱. کارگزاران هر رشته مجموعه‌ای از افراد حقیقی و حقوقی هستند که رفتار آنها می‌تواند بر متغیرهای کلیدی تأثیر بگذارد و یا اینکه تحت تأثیر آن متغیرها قرار گیرد. بدین ترتیب کارگزاران اقتصادی خانوارها، بنگاه‌ها، افراد و دولتمردان هستند در حوزه حقوق و اقتصاد، کارگزاران، قانون‌گذار، حقوق‌دانان، وکلا، قضات، طرفین دعوا، مجرمان، شکات و امثال آن می‌باشند. دادگرو، یدالله، پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص. ۱۶۶.

2. Scarcity

3. Daoud, Adel, Scarcity, Abundance and Sufficiency: Contribution To Social and Economic Theory, University of Gothenburg, Dep of Sociology, 2011, p. 13.

4. Rational Choice Theory

5. Expected Utility

6. Korbkin, Russel: and Thomas Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing The Ratioanality Assumption From Law and Economics", California Law Review, vol. 88, 2000, pp. 1057-1060.

می‌کنند. یکی از این عوامل، ریسک است. اگر بانک بخواهد وجوه سپرده‌گذاران خود را به متقاضیان تسهیلات اعطا نماید با ریسک‌های متعددی مواجه است. ریسک ناشی از امتناع دریافت‌کننده وجه از باز پس‌دادن آن، ریسک ناشی از تغییر در قیمت‌ها یا نرخ‌های بهره بازاری و ریسک ناشی از تغییر در بازدهی سرمایه‌گذاری از جمله این ریسک‌ها می‌باشند.^۱ همچنین این ریسک می‌تواند ناشی از قطعی نبودن سود مورد انتظار از مضاربه‌های منعقد شده با متقاضیان تسهیلات بانکی باشد. البته تمام فعالیت‌های تجاری، می‌توانند متضمن ریسک باشند؛ اما بانک‌ها سعی دارند با تعیین سود به نحو قطعی از این ریسک بگریزند.

از طرف دیگر مطلوبیت مورد انتظار از انعقاد عقد مضاربه با سود قطعی نسبت به حالت عکس آن؛ یعنی سود غیر قطعی، 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 سؤال خواهد رفت.

پ) 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 به طور عام اثر می‌گذارد و افزایش عدم اطمینان نسبت به آن سبب می‌شود همه کارگزاران اقتصادی خود را در شرایط ناامنی 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.^۲

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.^۳ بانک‌ها نیز از آنجایی که می‌بایست سپرده‌های مشتریان خود را حفظ کنند و سودهای مقرر را در مواعد معین

۱. صامتی، مجید؛ صالحی آسفیجی، نورالله؛ و مصطفی صالحی آسفیجی، «تحلیل ریسک بهره در مقایسه با یک نظام مبتنی بر مشارکت در سود و زیان»، مجله معرفت اقتصاد اسلامی، شماره ۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص. ۱۳۱.

۲. عزتی، مرتضی؛ و محمدعلی دهقان، امنیت اقتصادی در ایران، تهران، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تابستان ۱۳۸۷، صص. ۲۵-۲۳.

۳. کوتر، رابرت؛ و یولن تامس، حقوق و اقتصاد، چاپ هشتم، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، ۱۳۹۲، صص. ۷۲-۶۸.

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 به صورت 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 در بر داشته باشد. در اینجا مفید است به تحلیل هزینه - فایده^۱ 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.

۲-۲-۱-۲. لوازم کارکردی شاخصه کارآیی^۲

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 مؤلفه‌هایی هستند که در تابع مطلوبیت^۳ قرار می‌گیرند، در حالی که منابع در این تابع یافت نمی‌شوند و در واقع ابزارهای تحقق اهداف هستند.^۴ 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^۵ 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.^۶ 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

1. Cost – Benefit Analysis (CBA)

2. Efficiency

۳. «رابطه میزان مطلوبیت حاصل از استفاده از کالاها و خدمات و مقادیر آن کالاها و خدمات در قالب تابع مطلوبیت قرار می‌گیرد. مثلاً اگر U میزان رفاه یا مطلوبیت حاصل از مصرف مقادیر کالاهای X و Y برای مصرف‌کننده مورد نظر باشد، تابع رفاه یا تابع مطلوبیت آن مصرف‌کننده را به صورت زیر نشان می‌دهند: $U = U(X \times Y)$ ». دادگر، بدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، منبع پیشین، ص. ۳۸۷ □

4. Bromely, Daniel, "The Ideology of Efficiency: Searching for a Theory of Policy Analysis", Journal of Environmental Economics and Management, vol. 19, 1990, p. 89.

5. Other things being equal

۶. دادگر، بدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، منبع پیشین، ص. ۲۶۰.

همین راستا باید به این نکته مهم اشاره شود که هیچ‌گاه یک عامل خاص، به تنهایی، منجر به کاهش یا افزایش کارایی نمی‌شود؛ بلکه سایر عوامل مانند ساختار اقتصاد خرد و موضوع هزینه مبادله نیز بر کارایی تصمیم اقتصادی تاثیر می‌گذارند.^۱ با توجه به این موضوع صرفاً به بررسی برخی عوامل مهم و موثر بر کارایی رویه عملی بانک‌ها در تعیین سود قطعی می‌پردازیم:

الف) اطلاعات و نظام اطلاع‌رسانی: یکی از عوامل مؤثر بر کارایی رفتار معامله‌گران، اطلاعات است.^۲ 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 تقلب، از افشای اطلاعات لازم خودداری می‌کنند تا بوسیله آن ارزش شرکت خود را بالا برده و سرمایه‌گذاران را فریب دهند.^۳ در چنین شرایطی که اطلاعاتی - حداقل بصورت دقیق و معتبر - در دست نیست، بانک‌ها برای حفظ منابع سپرده‌گذاران خود و مقابله با اطلاعات نامتقارن،^۴ چاره را در این می‌بینند که صرف نظر از توانایی‌ها و شناختی که از متقاضی تسهیلات و کسب و کار و تجارت مدنظر وی دارند، سودی را بصورت قطعی تعیین نمایند تا بدین نحو 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:^۵ 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 غیر شفاف، مبهم و نامفهوم است. بدین ترتیب بانک‌ها نمی‌توانند بصورت واقعی راستی‌آزمایی

1. Schwert, William, "Anomalies and Market Efficiency", University of Pennsylvania, Department of Finance, Financial Research and Policy Working Paper, No. FR02-13, 2002, p. 12.

۲. دادگر، یدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، منبع پیشین، ص. ۲۸۶.

۳. نوبخت، زهرا، «ارزیابی شفافیت اطلاعات شرکت‌ها در بورس اوراق بهادار»، مجله بورس، شماره ۵۴ و ۵۵، شهریور و مهر ۱۳۸۵، ص. ۱۹.

4. Asymmetric Information
5. Transparency

نمایند که متقاضیان تسهیلات 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، راه حل منتخب بانک‌ها به عنوان امین سپرده‌گذاران می‌باشد.

ب) 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 تاثیر قرار می‌دهد.^۱ حال اگر کارگزاران اقتصادی با اتکا 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 غیر مادی کارگزار مورد نظر هدر می‌رود. بدین ترتیب امنیت اقتصادی بر کارآیی تصمیمات اشخاص تاثیر 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 تامین کنند.

ت) 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 دست‌رفته 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 به نحو قطعی، در قراردادهای اعطای تسهیلات می‌تواند بستر فراهم‌آمدن یکی از عوامل مهم و مؤثر بر کارآیی فعالیت بانک‌ها را ایجاد نماید.

۱. عزتی، مرتضی؛ و محمدعلی دهقان، منبع پیشین، ص. ۷.

۲-۲. رویه قضایی

مواد قانونی توسط قانون‌گذار تصویب می‌شود. هر ماده قانونی حکمی کلی دارد که کبرای یک قیاس حقوقی است. دادگاه‌ها نیز دعاوی مطروحه نزد خود را با این احکام تطبیق می‌دهند. اگر دادگاه‌ها در این تطبیق استنباط واحدی داشته باشند، رویه قضایی ایجاد می‌کنند.^۱ بدین ترتیب یکی از منابع مهم فهم حقوق، مطالعه استنباط‌های استنباط‌های قضاتی است که با بکارگیری مواد قانونی به آنها جان می‌بخشند. تحلیل مواد قانونی توسط قضات سبب می‌گردد که رویه قضایی در مقابل تعیین سود قطعی در عقد مضاربه مواضع متنوعی اتخاذ کند^۲ که در نتیجه آن برخی دادگاه‌ها معتقد به صحت قرارداد موصوف هستند (۲-۲-۱) و برخی دیگر آن را باطل می‌دانند (۲-۲-۲).

۲-۲-۱. آرای ناظر به صحت عقد

در میان آرای که تعیین سود معین بر صحت عقد مضاربه را بی‌تاثیر می‌دانند، برخی توافق بر سود معین در مضاربه را مصداق انعقاد یک قرارداد خصوصی دانسته و شرط و عقد را صحیح می‌دانند (۲-۲-۱-۱) و برخی دیگر نیز شرط مزبور را باطل اما عقد منعقد را صحیح تلقی می‌کنند (۲-۲-۱-۲).

۲-۲-۱-۱. صحت شرط و عقد

به‌درستی بیان شده است که عدم رعایت شرایط صحت یک عقد معین، لزوماً به معنای بطلان آن عقد نیست و ممکن است عقد صحیح دیگری منعقد شده باشد.^۳

۱. هاشمی، محمدحسین، نقد و بررسی رویه قضایی، آراء وحدت رویه و آراء اصراری دیوان عالی کشور (ماهوی و شکلی)، تهران، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۹۰، ص. ۹؛ و همچنین:

Posner, Richard, "Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and The Constitution," Case Western Reserve Law Review, vol. 37, 1986, p. 178.

۲. نویسندگان تلاش نمودند تا آرای بیشتری گردآوری نمایند؛ اما رویه قضایی چندانی در این زمینه در دسترس نیست و آرای که ذیل این بند مورد اشاره قرار گرفته‌اند، همگی پرونده‌هایی هستند که توسط نویسندگان جمع‌آوری شده‌اند.

۳. «... و اینکه اساساً قرارداد مذکور به جهت عدم وجود شرایط مصرح در مواد ۵۴۶، ۵۴۸ و ۵۴۹ قانون مدنی و ماده ۳۶ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها از حیث عدم وجود قصد و اراده در استفاده از تسهیلات به منظور تجارت مورد نظر قانون‌گذار و مآلاً عدم تعیین حصه طرفین از منافع حاصل فاقد ماهیت عقد مضاربه بوده و ثانیاً از آنجا که شرط استفاده بانک‌ها از امتیازات تصریح‌شده در قانون بانکداری بدون ربا از جمله اخذ سود و خسارات منوط به اعطای تسهیلات در قالب عقود تجویز شده در قانون مرقوم بوده و از آنجا که قرارداد شماره ۱۳۰/۱۰۵/۱۹۰۹۱/۱۳۰ مورخ ۸۶/۲/۲۰ از حیث ماهیت منطبق با هیچ‌یک از عقود مذکور نمی‌باشد؛ ... لذا دادگاه با متابعت از نظریه هیأت کارشناسی و مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۹۴ قانون مدنی و مواد ۵۱۵، ۵۱۹، ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر محکومیت خواننده ... صادر و اعلام می‌نماید...». پرونده‌های کلاسه

بر این اساس اگر شرایط اساسی عقد مضاربه یا هر عقد دیگری که در قانون مدنی مشخص شده است، از جانب متعاقدين رعایت نشود، این امر لزوماً به معنای بطلان عقد نیست؛ بلکه عمل حقوقی واقع شده صرف نظر از عنوانی که طرفین برای آن برگزیده‌اند، یک قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. به عبارت دیگر آنچه اهمیت دارد قصد واقعی متعاقدين است و دادگاه مقید به عنوانی که آنان برای توصیف رابطه حقوقی فی مابین خود برگزیده‌اند، نیست. اما در این خصوص باید به چند نکته مهم توجه داشت: اولاً به موجب تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند از سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌داری که در اختیار آنها قرار می‌گیرد در عقودی که قانون‌گذار صراحتاً احصاء نموده است استفاده کنند و یکی از این عقود، عقد مضاربه است. بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به اینکه بانک‌ها، به عنوان وکیل سپرده‌گذاران، صرفاً می‌بایست از این قالب‌های مشخص قانونی استفاده کنند و هیچ‌گاه مجاز دانسته نشده‌اند تا در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قرارداد خصوصی منعقد کنند، دادگاه باید حتی‌المقدور رابطه حقوقی طرفین را به نحوی توصیف کند که منتهی به رعایت مقررات قانونی شود. از طرف دیگر بانک‌ها در مقام وکیل سپرده‌گذاران تنها می‌توانند در مواردی که اختیار دارند معامله کنند و حدود این اختیار را قانون‌گذار به صورت امری به بانک و سپرده‌گذاران تحمیل می‌نماید.

ثانیاً صحت شرط تعیین سود به نحو معین مستلزم ربوی شدن معامله و متعاقباً بطلان آن است. بدین ترتیب بانک وجهی را در اختیار عامل قرار می‌دهد و سپس شرط می‌کند در برابر این مقدار پول نقد، عامل علاوه بر استرداد اصل پول، مبلغ معینی به عنوان سود به بانک بپردازد. صرف نظر از عنوان عقد، آنچه در عمل رخ می‌دهد انعقاد یک عقد ربوی است. چنین عقدی خلاف نظم عمومی محسوب می‌شود و دادگاه با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی نمی‌تواند مفاد چنین قراردادی را به موقع اجرا بگذارد.

۲-۱-۲-۲. بطلان شرط و صحت عقد

در برخی آراء چنین نظر داده شده است که شرط متضمن تعیین سود به نحو قطعی باطل است اما خللی به صحت و اعتبار عقد مضاربه وارد نمی‌کند.^۱ در این

۹۰۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۰۸۹۱ و ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۰۰۵۱ و دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۷۱۰۱۲۶۲ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۱. «... صرف نظر از اینکه در این قرارداد عناوین حقوقی مختلفی از قبیل امانت، قرض‌الحسنه، همچنین تعهد به پرداخت سود ماهانه صد و هشتاد و تا دویست هزار تومان مطرح شده که هر کدام از آنها احکام خاص خودشان را دارند ولی مستفاد از کلیت این قرارداد این است که قصد طرفین انعقاد عقد مضاربه (می‌باشد و با این فرض از آنجا که در عقد مضاربه، حصه هریک از مالک و مضارب در منافع می‌بایست جزء مشاعی از کل از

دیدگاه، تعیین سود به صورت جزء مشاع مقتضای ذات عقد مضاربه نیست؛ بلکه مقتضای ذات عقد مضاربه «ضرب فی الارض» و کسب سود می‌باشد؛ در نتیجه اشتراط سود بصورت قطعی صرفاً باطل و غیرمبطل است.

ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطل و در عین حال غیرمبطل را برشمرده است. مطابق این مقرر، شروط غیرمقدور، بی‌فایده و نامشروع باطل هستند. شرط نامشروع، شرطی است که با قوانین امری، نظم عمومی یا اخلاق حسنه منافات داشته باشد.^۱ قانون‌گذار که صراحتاً در ماده ۵۴۸ قانون مدنی بیان می‌دارد «حصه هریک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد» به دنبال انشای یک قاعده امری است، زیرا اثر اصلی درج شرط سود به نحو معین، ربوی شدن معامله است. بنابراین قانون‌گذار برای مقابله با شیوع ربا در جامعه از اساس چنین شرطی را باطل تلقی می‌کند. در نتیجه از آنجا که نمی‌توان بر خلاف قواعد امری توافق نمود، اگر طرفین سود مضاربه را بصورت معین تعیین کنند، توافق آنان باطل و بلااثر است. صرف نامشروع بودن شرط منتهی به بطلان عقد نمی‌شود، مگر اینکه شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد باشد. بر این اساس، اگر شرط مشاع بودن سود، جزء مقتضای ذات عقد مضاربه تلقی نشود، می‌توان حکم به صحت عقد و بطلان شرط داد؛ به‌ویژه

قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد و تعیین سودی به طور مشخص بدون تعیین تکلیف در امر ضرر و زیان ناشی از عمل مضارب (عامل) فاقد مجوز قانونی و شرعی می‌باشد در مجموع دادگاه با موجه دانستن خواسته نسبت به اصل سرمایه (یعنی پنجاه میلیون ریال) و غیر موجه دانستن نسبت به مازاد آن ... خواننده را پرداخت مبلغ ۵۰ میلیون ریال بابت اصل خواسته و پرداخت هزینه‌های دادرسی و حق الوکاله طبق تعرفه به مأخذ محکوم‌به در حق خواهان محکوم و حکم به بی‌حقی خواهان نسبت به مازاد ۵۰ میلیون ریال و خسارات تأخیر تأدیه صادر و اعلام می‌دارد...». دادنامه مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۱ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی قم. در نتیجه دادگاه به عنوان اتخاذی متعاقبین توجهی نمی‌کند؛ بلکه با ملاحظه شرایط قراردادی و آنچه فی‌الواقع رخ داده است، عمل حقوقی مزبور را مضاربه تشخیص می‌دهد و نهایتاً با باطل دانستن شرط تعیین سود به نحو قطعی، قرارداد مضاربه منعقد را صحیح خوانده و از بابت اصل خواسته حکم به نفع خواهان صادر می‌کند. از آنجائی که شرط ناظر بر سود تعیینی قطعی، شرطی باطل دانسته شده است از این بابت خواهان غیر محق شناخته می‌شود. در نتیجه نحوه تعیین سود همچنان میهم باقی مانده است. همچنین در پرونده‌ای دیگر با استدلالی مشابه دادگاه بدوی شرط ناظر به تضمین سود را باطل دانسته است. بدین ترتیب «... با توجه به مندرجات قرارداد منعقد مورد دعوی و مقررات عمومی وام و اجراییه تنظیمی از دفترخانه شماره ... قرارداد مزبور از مصادیق بارز ربای قرضی است ... قصد طرفین دعوی از انعقاد قرارداد منعقد مضاربه و مساقات و مزارعه نبوده است. بنا به مراتب فوق دادگاه دعوی خواهان را در مورد صدور اجراییه بر مازاد بر مبلغ اصل وام (۲۵۰۰۰۰۰۰ ریال) وارد تشخیص و نظر بر ابطال اجراییه موصوف نسبت به مازاد بر مبلغ اصل وام را داریم (دارد)». مفاد این رای توسط دادنامه شماره ۴۰۱ مورخ ۶۹/۶/۱۶ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور تأیید می‌گردد.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوقی مدنی: اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع)، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۴.

اینکه راه حل مزبور از آثار ناگوار بطلان عقود مضاربه منعقدہ توسط بانک‌ها و آثار آن بر حقوق سپرده‌گذاران نیز پیشگیری می‌نماید. در این حالت با توجه به استقلال عقد از شرط ضمن آن، فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند^۱ و عقد مضاربه به قوت و اعتبار خود باقی می‌ماند.

یکی از اقسام شروط ضمنی، شرط ضمنی شرعی یا قانونی است. این دسته از شروط، شروطی هستند که نه در عقد ذکر می‌شوند و نه وارد ارتکاز طرفین می‌گردند؛ اما قانون‌گذار در قالب یک ماده قانونی آنها را وارد قصد متعاقدين می‌نماید و در واقع این شرط به طرفین عقد تحمیل می‌شود.^۲ بدین ترتیب از آنجا که شرط ناظر بر تعیین سود بصورت معین که طرفین بر آن توافق می‌نمایند به علت نامشروع بودن باطل است، کان‌لم‌یکن تلقی می‌گردد و گویی چنین شرطی در عقد وجود نداشته است. در فرض عدم وجود هر گونه توافقی در خصوص سود مضاربه، حکم مقرر در ماده ۵۴۸ که ماهیتاً امری است بصورت شرط ضمنی وارد قلمرو توافق طرفین می‌شود.

هرچند در این دیدگاه مقتضای ذات عقد مضاربه اشاعه در سود دانسته نشده و شرط تعیین سود به نحو معین بعلت نامشروع بودن صرفاً باطل توصیف شده است؛ اما همچنان نحوه تقسیم سود حاصله از تجارت میان طرفین به عنوان یک ایراد اساسی باقی می‌ماند. در چنین فرضی دادگاه نمی‌تواند رأساً میزان سود را تعیین و بر طرفین عقد تحمیل نماید و برای انجام این کار نیز هیچ شاخصه یا معیاری در اختیار ندارد؛ هرچند قانون‌گذار اجازه داده است در صورت سکوت در عقد به تنجیز موجود در عرف مراجعه شود (ماده ۵۴۹ قانون مدنی) اما این امر منحصر به حالتی است که طرفین عقد به مشاع بودن حصه خویش نظر داشته‌اند، اما میزان آن را معین ننموده‌اند. بدین ترتیب در فرض بطلان توافق طرفین پیرامون نحوه تقسیم سود، گویی از ابتدا چنین شرطی ضمن عقد درج نشده است. در این شرایط تمام سود حاصله از تجارت از آن مالک خواهد بود و عامل صرفاً مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خود است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد این عمل حقوقی دیگر مضاربه نخواهد بود. بنابراین هرچند این دیدگاه به دنبال حفظ عقد مضاربه است اما نهایتاً به نتیجه مغایری منتهی می‌شود.

۲-۲-۲. آرای ناظر به بطلان

مطابق دیدگاهی دیگر، برخی قضاات درج شرط سود معین در مضاربه را سبب بطلان عقد دانسته‌اند.^۳ به موجب این دیدگاه چنین شرطی باطل و مبطل عقد است.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۲.
۲. محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳، ص. ۲۸۵.
۳. «... دادگاه با ملاحظه خواسته خواهان و استماع اظهارات طرفین در جلسه رسیدگی مجدد و محتویات پرونده معتقد است که ۱- با توجه به صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی و صراحت قانون‌گذار در باطل دانستن شرط عدم

ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل و مبطل عقد را بر می‌شمارد که یکی از آنها «شروط خلاف مقتضای ذات عقد» است. برای دفاع از این دیدگاه مبانی استدلالی به شرح زیر قابل اشاره است:

اولاً مقتضای ذات عقد مضاربه «ضرب فی الارض» و همچنین «اشاعه در سود حاصله از تجارت» است و عقدی مضاربه است که لزوماً هر دو شرط مزبور را داشته باشد. بنابراین، شرط تعیین سود معین، خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه و نهایتاً باطل و مبطل است. مقتضای ذات عقد آن موضوع اصلی است که عقد بدان منظور منعقد می‌شود و لازمه ماهیت آن است^۱ و بدون وجود آن عقد محقق نمی‌شود و عقد بالذات تولیدکننده آن است. مانند اینکه بیعی منعقد کنیم که در آن مالکیت عین منتقل نشود، حال آنکه چنین عقدی اساساً نمی‌تواند بیع باشد.^۲ مقتضای ذات عقد مضاربه نیز تجارت کردن و اشاعه در سود و زیان است و به همین منظور مالک سرمایه خویش را در اختیار عامل قرار می‌دهد.

← مشارکت مالک در خسارات حاصله از عقد مضاربه، عملاً آنچه که فی‌مابین طرفین منعقد شده حقیقت عقد مضاربه نبوده. ۲- و آنچه که مد نظر مقنن در قسمت اخیر ماده ۵۵۸ قانون مدنی بوده با قسمت صدر در تعارض نیست و قسمت اخیر برای میزان خسارات وارده به فرد است و نه خسارات احتمالی در آینده. ۳- در هر صورت قسمت اخیر ماده به صدر آن لطمه‌ای وارد نخواهد نمود زیرا به صراحت مقنن ایرانی، گذاشتن شرط عدم توجه خسارت به مالک شرعاً و قانوناً بلااثر بوده و این شرط عقد مضاربه را باطل می‌نماید و این اساساً ربطی به تعهدات تبعی طرفین نظیر آنچه که توسط خواهان به ملکیت خواننده درآمده ندارد. ۴- و دادگاه در خصوص خواسته طرفین اظهار نظر می‌نماید و خواسته خواهان روشن بوده و آنچه مورد درخواست قرار گرفته بررسی صحت شرط ۳-۴ مندرج در قرارداد فی‌ما بین طرفین است فلذا دادگاه دعوی خواهان را مقرون به صحت و وارد تشخیص داده و مستنداً به ماده ۵۵۸ از قانون مدنی و ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مبادرت به صدور حکم به اعلام ابطال قرارداد مشارکت مدنی (منظور عقد مضاربه است) مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۸ فی‌مابین خواهان و خواننده به علت تعارض بین با ماده ۵۵۸ قانون مدنی و محکومیت خواننده به پرداخت خسارات دادرسی همانند هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل بر اساس میزان تعرفه قانونی در حق خواهان می‌نماید...» پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۲۲۱۸۱۰۱۴۴ مورخ ۹۲/۱۱/۱۶ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی لواسانات. همچنین در پرونده‌ای دیگر دادگاه تجدیدنظر با احراز انفساخ عقد جایز مشارکت (آنچه فی‌مابین طرفین رخ داده است، ماهیتاً عقد مضاربه بود) به علت فوت یکی از شرکاء، شرط ناظر بر تعیین سود را نیز به تبع از درجه اعتبار ساقط می‌داند و با استناد به این امر، دادنامه دادگاه بدوی را نقض می‌نماید. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۱۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. نکته‌ای که می‌توان از این دادنامه استفاده نمود آن است که در فرض انحلال عقد، دیگر نمی‌توان به شرط مندرج در ضمن آن استناد نمود. بدیهی است در چنین فرضی عامل مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خویش می‌باشد.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۳؛ محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۹، ص. ۷۲.
۲. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۱۱۳.

ممکن است گفته شود که اثر فعالیت تجاری کسب سود یا زیان است و عامل به امانت مالکی امین قرار داده می‌شود تا تمام تلاش خویش را صرف فعالیت تجاری نماید و اشاعه در سود و زیان انگیزه‌ای است که سبب می‌شود وی در این راه کاهلی نرزد و شرط تعیین سود به نحو معین صرفاً می‌تواند خلاف مقتضای یکی از آثار عقد مضاربه؛ یعنی اشاعه در سود و زیان باشد. بنابراین از آنجا که شرط خلاف مقتضای اثر عقد با ماهیت آن در تعارض نیست،^۱ عقدی که منعقد می‌شود مصون از بطلان است. در پاسخ باید گفت حتی اگر چنین شرطی خلاف مقتضای اثر عقد دانسته شود نیز همچنان باطل و مبطل است؛ زیرا که گاهی اوقات اثر عقد آنچنان با ماهیت آن عقد گره خورده است که شرط خلاف آن به شرط خلاف مقتضای ذات عقد منتهی می‌شود.^۲

ثانیاً هرچند قانون‌گذار در ماده ۵۴۸ قانون مدنی پس از بیان لزوم اشاعه در منافع، حکم تعیین قطعی سود را بیان نمی‌کند؛ اما بلافاصله در ماده ۵۴۹ پس از تأکید مجدد بر تعیین حصه هر کدام از طرفین عقد، سکوت آنان در این زمینه را تنها در صورتی جایز می‌داند که عرفاً حصه منافع هر کدام از متعاقدين منجزاً معلوم باشد. همچنین قانون‌گذار در مورد مشابهی ضمن تشریح یکی از قواعد عقد مزارعه - به عنوان یکی دیگر از مصادیق عقود مشارکتی - در ماده ۵۱۹ قانون مدنی، پس از بیان لزوم اشاعه طرفین عقد در آنچه که از زراعت حاصل می‌شود، هرگونه توافق خلاف آن را سبب خروج عمل حقوقی منعقد از شمول عقد مزارعه و احکام آن می‌داند. اگر فقدان شرطی سبب تغییر ماهیت یک عقد شود بیانگر آن است که آن شرط برای صدق عنوان آن عقد، حیاتی و ضروری است. با جمع مواد مزبور می‌توان نتیجه گرفت که در عقد مضاربه نیز اشاعه در سود یکی از شرایط اساسی است که هرگونه شرط خلاف آن، با مقتضای ذات عقد مخالفت پیدا می‌کند.^۳

ثالثاً ماده ۵۵۸ قانون مدنی شرط عدم مشارکت مالک در خسارات حاصله از تجارت را سبب بطلان عقد برمی‌شمارد و شرط تعیین ربح به نحو قطعی، به دلالت

۱. همان، ص. ۱۱۵.

۲. مانند اینکه نکاح سبب محرمیت میان زوجین نشود. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۱۱۶.

۳. ممکن است گفته شود مقتضای ذات عقد مضاربه دارای بیش از یک جزء است و شرط تعیین سود به نحو معین تنها با یکی از این اجزاء مغایرت دارد و همان‌طور که می‌دانیم در چنین مواقعی بر عهده دادگاه است که به داوری عرف و قانون مراجعه کند تا نهایتاً دریابد که آیا جزء نفی شده به میزانی اساسی و مهم است تا عقد را نیز باطل کند یا خیر. در پاسخ باید گفت با توجه به استدلال پیشین شرط تعیین سود به نحو معین از منظر قانون‌گذار شرطی مهم تلقی شده و دو ماده ۵۴۸ و ۵۴۹ قانون مدنی بر آن تأکید نموده است. در چنین مواقعی دادگاه نمی‌تواند برخلاف نظر قانون‌گذار این اهمیت را نادیده بگیرد. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص. ۱۶۶.

التزامی متضمن این معناست که مالک در خسارات حاصله از تجارت شریک نیست. بنابراین چنین شرطی نیز مشمول حکم مندرج در ماده مزبور است. ممکن است گفته شود هر چند صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی شرط ناظر بر عدم مشارکت مالک در خسارات حاصله از تجارت را باطل و مبطل دانسته است؛ اما ذیل ماده شرط تدارک خسارت وارده توسط عامل را پذیرفته است. در پاسخ باید گفت آنچه به موجب ماده ۵۵۸ قانون مدنی تجویز شده است صرفاً امکان درج شرط تدارک خسارت وارده به اصل سرمایه است تا در فرض بروز خسارت عامل از مال خود مجاناً به مالک تملیک کند، چنین توافقی به نحو شرط فعل حقوقی صحیح است و اثر آن ایجاد ضمان عهده‌ی برای عامل است؛ لذا نمی‌توان با استناد به آن صحت شرط تعیین سود به نحو معین را استنباط نمود. به علاوه، تجویز مقرر در ماده ۵۵۸ قانون مدنی ناظر به اصل سرمایه است و شامل سود نمی‌شود.

نتیجه گیری

در میان فقها و حقوق دانان راجع به مشخص نمودن سود معین در عقد مضاربه نظرات مختلفی مطرح گردیده است، لیکن مشهور فقها و حقوق دانان چنین شرطی را باطل و مبطل و یا صرفاً باطل می‌شمارند. این در حالی است که تحلیل‌های اقتصادی، رویه بانک‌ها مبنی بر تعیین سود معین را تأیید می‌کنند. با مدنظر قرار دادن دو عنصر اساسی عقلانیت و کارآیی در عملکرد بانک‌ها، در نظر گرفتن سود معین در مضاربه، رویکرد نسبتاً کارآمدی به حساب آمده و منفعت بیشتری نسبت به فرض اشاعه در سود، نصیب بانک‌ها می‌سازد. این در حالی است که مقتضای ذات مضاربه، تجارت کردن و سپس اشاعه در سود و زیان است. بنابراین، شرطی که سود را به نحو قطعی تعیین می‌کند، شرطی باطل است که سبب بطلان عقد می‌شود. در چنین شرایطی با توجه به اینکه توافق معتبری در خصوص نحوه تقسیم سود وجود ندارد، تمام منفعت تجارت به تبعیت از عین، از آن مالک سرمایه است و عامل صرفاً مستحق دریافت اجرت‌المثل عمل خویش می‌باشد.

بدین ترتیب از یک طرف 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 به صورتی 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 تولیدمحور است.

بانکداری اسلامی زمانی به شیوه کارا قابل اعمال است که میزان تورم اندک بوده و فعالیت‌های اقتصادی در یک فضای شفاف و قابل پیش‌بینی، بازده معقول داشته باشند. هنگامی که شرایط سیاسی و اقتصادی جامعه به میزان کافی شفاف نبوده و برنامه‌ریزی‌های فعالان اقتصادی با اتفاقاتی که به دشواری قابل پیش‌بینی هستند دچار خلل می‌شود، بانک‌ها نیز عملاً نخواهند پذیرفت که در این شرایط نامطمئن خطر کرده و ریسک‌های ناشی از فعالیت‌های تجاری فعالان اقتصادی را بپذیرند. همچنین، ساختار بانکداری اسلامی اصولاً در بستر جامعه اسلامی قابل اعمال است و جامعه اسلامی،

جامعه‌ای است که بر مبنای آموزه‌های دینی و اخلاقی از جمله صداقت و درستکاری استوار شده است. از نتایج اولیه چنین جامعه‌ای آن است که هنگامی که اشخاص به منظور تحقق مقصودی تسهیلات دریافت می‌کنند، وجوه دریافتی را در همان مسیر صرف می‌نمایند و در خصوص اطلاعات مربوط به طرح موضوع تسهیلات، اصولاً موارد صحیح را در اختیار بانک قرار می‌دهند. به علاوه، در شرایطی که عقد قرض همراه با بهره از نظام بانکی حذف گردیده است، می‌بایست عقود قابل استفاده در بانکداری اسلامی به میزانی گسترده باشد که پاسخگوی نیازهای تمامی اشخاص از جمله بازرگانان باشد و بانک‌ها و تسهیلات‌گیرندگان ناچار نگردند از نام عقود تنها به عنوان پوششی برای پرداخت تسهیلات استفاده نمایند. در این شرایط، شراکت بانک در نتایج حاصل از سود و زیان فعالیت تجارتي موضوع مضاربه، از نظر تحلیل اقتصادی نیز معقول است و هزینه‌های نظارت بانک بر طرح موضوع تسهیلات، به میزان اندکی خواهد بود. بنابراین، حل معضل فعلی نیازمند تغییرات ساختاری و فراهم آوردن زمینه‌های بانکداری اسلامی است تا عقود مورد استفاده در این قسم از بانکداری، به شیوه کارا، آثار خود را ایجاد کنند. در این حالت نتایج حاصل از تحلیل‌های حقوقی و اقتصادی بر یکدیگر منطبق خواهد شد و بهره‌مندی بانک از سود حاصل از مشارکت واقعی (در اینجا عقد مضاربه) از نظر تحلیل اقتصادی نیز کارا خواهد بود. بدین ترتیب بانکداری اسلامی با تصور حذف ربا از عقود بانکی رخ نمی‌دهد و برای اجرایی شدن آن باید زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی لازم نیز فراهم باشد و با دیدی جامع تمامی عوامل و ابزارهای مورد نیاز در این راستا فراهم شوند. در این شرایط عقد مضاربه نیز خواهد توانست، در عین انطباق با قواعد حقوقی، کارکرد اقتصادی مناسبی از خود نشان دهد.

منابع

- اسلام‌پور کریمی، حسین، «مضاربه واقعی و فاصله آن با عملکردها (چالش‌ها، راه حل‌ها و پیش نهاد بانک مضاربه‌ای)»، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۹۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۷.
- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌تا.
- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر، «بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۷۹.
- باریکلو، علیرضا، «وضعیت شرط تضمین سود»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی (با تعلیقات میرزای شیرازی)، تهران، ۱۳۱۰ ه. ق.
- بهجت، محمدتقی، استفتائات، جلد سوم، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت، ۱۴۲۸ ه. ق.
- بی‌نا، «بحث در موضوعات حقوقی راجع به مضاربه - در ربح»، مجموعه حقوقی از نشریات اداره فقهی، شماره ۹، ۱۳۱۵.
- تبریزی، جواد بن علی، استفتائات جدید، جلد ۲، قم، بی‌تا.
- تفرشی، محمدعیسی؛ و جلیل قنواتی، «ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران»، مجله مدرس، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۷.
- حسینی شیرازی، سید صادق، التعلیقات علی شرافع الاسلام، جلد اول، قم، انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ ه. ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، (طبعه القدیمه)، جلد ۱، مشهد، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، بی‌تا.
- دادگر، یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، تهران، نشر آماره، ۱۳۹۱.
- _____، پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- _____، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، ۱۳۹۰.
- داورزنی، حسین؛ و سیدمحمد رضوی، «امکان‌سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت‌های تجاری»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳.
- سلطانی، محمد، «بررسی کتاب تبیین ماهیت و آثار عقود مشارکتی»، مجله فقه و حقوق، فصلنامه نقد کتاب، سال اول، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴.
- _____، حقوق بانکی، تهران، میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۹۳.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷.

- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الاحکام، جلد دوم، قم، انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۷ ه. ق.
- صامتی، مجید؛ صالحی آسفیجی، نورالله؛ و مصطفی صالحی آسفیجی، «تحلیل ریسک بهره در مقایسه با یک نظام مبتنی بر مشارکت در سود و زیان»، مجله معرفت اقتصاد اسلامی، شماره ۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- طباطبایی قمی، سیدتقی، الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی، قم، انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳ ه. ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی (المحشی)، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد سیزدهم، قم، موسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه. ق.
- عزتی، مرتضی؛ و محمدعلی دهقان، امنیت اقتصادی در ایران، تهران، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تابستان ۱۳۸۷.
- قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴.
- قمی (صدوق)، محمدبن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، جلد چهارم، ترجمه علی‌اکبر غفاری، تهران، نشر صدوق، ۱۴۰۹ ه. ق.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوقی مدنی: اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع)، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کاشانی، سیدمحمود، حقوق مدنی: قراردادهای ویژه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۱۰، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ه. ق.
- کوتر، رابرت؛ و یولن تامس، حقوق و اقتصاد، چاپ هشتم، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، ۱۳۹۲.
- لطفی، اسدالله، مباحث حقوقی شرح لمعه، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- محدث قمی، شیخ عباس، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، جلد دوم، قم، منشورات صبح پیروزی، ۱۴۲۳ ه. ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۹.

- _____ ، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.
- مسعودی، علیرضا، حقوق بانکی، انتشارات پیشبرد، ۱۳۸۷.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل، جامع المسائل، قم، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵ ه. ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، توضیح المسائل، جلد دوم، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ه. ق.
- موسویان، سید عباس، معاملات بانکی از دیدگاه مراجع تقلید، پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷.
- _____ ، «ارزیابی قراردادهای شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا»، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۱۹، پاییز ۱۳۸۴.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، جلد سوم، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه. ق.
- نصرآبادی، داود؛ و احمد شعبانی، چالش‌های بانک در اجرای قرارداد مشارکت در سود و زیان و راهکارهای آن، مجله مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
- نوبخت، زهرا، «ارزیابی شفافیت اطلاعات شرکت‌ها در بورس اوراق بهادار»، مجله بورس، شماره ۵۴ و ۵۵، شهریور و مهر ۱۳۸۵.
- وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، چاپ نهم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ه. ق.
- هاشمی، محمدحسین، نقد و بررسی رویه قضایی، آراء وحدت رویه و آراء اصراری دیوان عالی کشور (ماهوی و شکلی)، تهران، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۹۰.
- هدایتی، علی‌اصغر؛ سفری، علی‌اصغر؛ و حسن کلهر، عملیات بانکی داخلی ۲ (تخصیص منابع)، چاپ دوم، مؤسسه بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰.
- Bromely, Daniel, "The Ideology of Efficiency: Searching for a Theory of Policy Analysis", *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 19, 1990.
- Daoud, Adel, *Scarcity, Abundance and Sufficiency: Contribution To Social and Economic Theory*, University of Gothenburg, Dep of Sociology, 2011.
- Korbkin, Russel: and Thomas Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing The Ratioanality Assumption From Law and Economics", *California Law Review*, vol. 88, 2000.
- Posner, Richard, "Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and The Constitution," *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1986.

-
- Schwert, William, "Anomalies and Market Efficiency", University of Pennsylvania, Department of Finance, Financial Research and Policy Working Paper, No. FR02-13, 2002.