



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

چگونگی عقد مضاربت در با نكدارى اسلامى

مقدمه:

الحمد لله رب العالمين والعاقة للمتقين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعلى آله واصحابه اجمعين:

نویسنده: دكتور محمد ظريف علم " ستا نكزى "

قال الله تبارك و تعالي: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾^١ او كما قال: ﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ ﴾^٢ او كما قال: ﴿ وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ۗ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^٣

الله تبارك و تعالی انسان را با وصف اشرف مخلوقات بودن آن دارای یک سلسله خصوصیات فطری خلق نموده است که در تداوم زندگی بشری او در کره خاکی زمین وابستگی دارد و این فطرت باعث شده تا انسان برای حفظ، بقای خویش در زمین تداوم و زندگی نماید یکی از خصوصیات که انسان در صدد کسب آن میباشد، مال و متاع غرض تهیه لوازم زندگی برای تداوم آنست.

از نظر حقوق عندی که بنام حقوق (فطری، ذاتی، انفسی) نیز یاد میگردد، در بخش حقوق خصوصی، (حقوق عینی قسم حقوق مالی) تمایل به مال منحیث حق فطری انسان دانسته شده است که حق عینی را چنین تعریف مینمایند: حق عینی عبارت از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین (اموال) میباشد.

بنابر خصوصیت فطری انسان مبنی بر تمایل او بر اموال در کسب آن سعی مینماید تا برای تداوم زندگی خویش، آنرا بدست آورد، البته بدست آوردن مال و متاع بطور مشروع و غیر مشروع صورت گرفته میتواند که بطور مشروع از طریق اسباب کسب ملکیت که شریعت اسلامی آنرا مشروع گردانیده باشد، انسان صاحب آن نوع

١ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١١٠)

٢ - قرانکریم (النحل / آیه ١٢٥)

٣ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١٩٤)

مال و متاع دانسته میشود، سعی در کسب آن مشروع میباشد مانند انعقاد عقود شرعی و قانونی، میراث، وصیت، حیات، تصاحب، شفعه که منحیث اسباب مشروع کسب ملکیت در شریعت اسلامی مجاز دانسته شده است انسان صاحب مالکیت چنین اموال و اشیاء دانسته میشود.

شریعت اسلامی برای کسب ملکیت قواعد و ضوابط گذاشته است که عدول از آن قواعد و ضوابط و بدست آوردن مالکیت بالای اموال و اشیاء از طریق غیر مشروع را ممنوع و حرام دانسته است، قاعده کلی در شریعت اسلامی به حکم خطاب الهی چنین ارشاد میفرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^۴ ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید.

این خطاب الهی مطلق کسب ملکیت را از طریق باطل ممنوع قرار داده است که انواع کسب ملکیت باطل مانند ربا، قمار، سرقت، خیانت در امانت، فریبکاری، رشوت، اختلاس، غدر و ... شامل میگردد و بدست آوردن مال متاع از طرق متذکره را باطل و حرام دانسته و حتی این اعمال را جرم تلقی و مرتکب را مستوجب مجازات دانسته است.

الله تبارک و تعالی تمام کائنات را در خدمت معیشت و زندگی بهتر انسان خلق نموده است که چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^۵ و آنچه در آسمانها و زمین است تمام را مسخر شما گردانید و اینها همه از سوی اوست، در این کار نیز برای مردم که تفکر میکنند آیاتی از قدرت الهی کاملا آشکار است.

همچنان الله تبارک و تعالی انسان را که مسخر بالای آنچه در آسمانها و زمین است مسلط گردانیده، او را منحیث اشرف مخلوقات خلیفه روی زمین گردانیده که در مورد قرآن چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^۶ و وقتی که پروردگارت فرشتگان را فرمود که من در زمین خلیفه خواهم گماشت.

^۴ - قرآنکریم (نساء / ۲۹)

^۵ - قرآنکریم (الجاثية / ۱۳)

^۶ - قرآنکریم (البقرة / آیه ۳۰)

بنابر نصوص شرعی ذکر شده انسان از کسب ملکیت غیر شرعی منع شده و آنچه در زمین و آسمانها است برای تسلط و تسخیر انسان مهیا شده است و همچنان انسان خلیفه روی زمین گردانیده شده است پس انسان برای کسب تمام این موارد ضرورت به سعی و انعقاد عقود دارد.

معاملات بانکی نوع از عقود بوده که حسب ضرورت در سطح جهان از قدیم مروج میباشد شریعت اسلامی معاملات بانکی که در آن ربا، قمار، تدلیس، غرر و سایر موارد غیر شرعی موجود باشد آنرا ممنوع و نامشروع قرار داده است لیکن برخی از معاملات بانکداری را تحت عنوان بانکداری اسلامی مشروع و برای آن قواعد را وضع نموده است، فتاوی معاصر را در مورد بانکداری اسلامی بطور جمعی در کنفرانس های اسلامی صادر که توسط آن قواعد بانکداری اسلامی تأسیس و ایجاد شده است.

در معاملات و عقود بانکداری اسلامی یکی هم عقد مضاربت است که ما در صدد بحث آن هستیم که در دو مبحث (عمومیات و چگونگی عقد مضاربت در بانکداری اسلامی) این نوشته خویش را دنبال و تحریر خواهیم نمود.

مبحث اول

عمومیات

عقود و معاملات در اسلام طبق قواعد، ارکان، شرایط که فقهاء از منابع شریعت اسلامی استنباط نموده اند مشروع میباشد، عقود که قبل از اسلام در جوامع رایج بود، برخی آنها را اسلام مهر صحت گذاشته مانند عقد بیع، اجاره، رهن، استصناع، مضاربت، مرابحه، مشارکه و برخی آنها را ممنوع قرار داده مانند عقد ربا، غرر، تدلیس، قمار.

فقه اسلامی در اینمورد تحت عنوان فقه معاملات مباحث در خود جاه داده است، بنابراین معاملات که در بانکداری اسلامی خصوصاً عقد مضاربت در اینوع بانکها منعقد میگردد و جاری است.

عقد مضاربت در فقه اسلامی از قبل وجود داشته صرفاً توسط فتاوی معاصر علمای اسلامی، طبق شرایط خاص فقه اسلامی با معاملات عصر فعلی سازگار و منحیث عقد مشروع در بانکداری اسلامی مجاز دانسته شده است، تا زمینه را برای رشد اقتصاد اسلامی مساعد سازد، و از معاملات ربوی در بانکداری متعارف جلوگیری گردد. بی جا نخواهد بود در این مطلب نخست بانکداری اسلامی را از منظر علمای بانکداری اسلامی تعریف نمایم، متعاقباً منابع بانکداری اسلامی و همچنان تاریخچه آنرا مورد بحث قرار دهیم:

مطلب اول: تعریف بانکداری اسلامی:

برای بانکداری اسلامی تعاریف متفاوت را اقتصاد دانان اسلامی گذاشته اند که به چند تعریف قرار ذیل اشاره میداریم:

دکتور شوقی اسماعیل شحاته در کتاب خویش بنام (البنوک الإسلامية) بانک اسلامی را چنین تعریف میدارد:

بانک اسلامی عبارت از: موسسه مالی است که در چارچوب اسلامی فعالیت می کند و هدف آن کسب فایده حلال از طریق مدیریت درست اقتصادی میباشد.^۷

^۷ - شحاته شوقی اسماعیل، البنوک الإسلامية، ص ۵ ، ط، دار الشروق، ۱۹۷۷ م

دکتر محسن الخضیری در کتاب خویش بنام (البنوک الإسلامیة) بانک اسلامی را چنین تعریف می‌دارد:

بانک اسلامی عبارت از: مؤسسه مالی پولی است که برای جذب منابع پولی افراد جامعه و بکارگیری مؤثر آنها برای رشد اقتصادی در چهارچوب احکام پایدار شریعت اسلامی در خدمت مردم ملت در جهت توسعه اقتصادی آنها فعالیت مینماید.^۸

در هردو تعریف فوق کدام تفاوت عمده وجود ندارد فقط تغییر الفاظ و عبارات متون تعریف را تغییر داده است در حالیکه هدف در هردو تعریف چهارچوب احکام شریعت اسلامی است و این قید در تعاریف فوق قید احترازی است، هرگاه فرض بر این شود که این قید در تعریف وجود نداشته باشد پس ما نمیتوانیم برای چنین بانک و معاملات آنها صفت اسلامی را توجیه نمایم.

اگر به تعاریف فوق در جنب مکلفیت و قید چهارچوب احکام شریعت اسلامی قید حسابدهی شفاف برای مشترکین افزود گردد بهتر است، زیرا در برخی حالات برای غرر و فریب در عصر فعلی از جانب بانکها معاملات در ظاهر بنام اسلامی و لیکن در باطن بعضاً ربوی صورت میگیرد، از اینرو ذکر قید چهارچوب احکام شریعت اسلامی با در نظر داشت حسابدهی شفاف برای مشترکین در قید تعریف افزود گردد، بهتر است.

بنابراین میتوانیم بانکداری اسلامی را چنین تعریف نمایم:

بانک اسلامی عبارت از: مؤسسه مالی است که معاملات خویش را در محدوده احکام شریعت اسلامی به هدف رشد و توسعه اقتصادی بطور شفاف و حسابدهی برای مشترکین خویش انجام میدهد.

مطلب دوم: منابع بانکداری اسلامی:

بانکداری اسلامی از منابع شریعت اسلامی (کتاب الله، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله و عرف) منبع میگیرد:

منابع و دلایل فوق از نظر علمای اصول فقه به دو نوع ذیل تقسیم میگردد:

نوع اول: دلایل شرعی از جهت میزان اتفاق و اختلاف در مورد دلیل شمردن آنها به سه دسته ذیل تقسیم میشوند:

^۸ - الخضیری محسن، البنوک الإسلامیة، ص ۱۷، ط، ایتراک للنشر والتوزیع، ۱۹۷۹ م

أ) دلایل شرعی که تمام ائمه مسلمین در مورد دلیل شمردن آنها اتفاق دارند، اینوع دلایل شامل قرآن و سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم میشود.

ب) دلایل شرعی که دلیل شمردن آنها مورد اتفاق جمهور (بیشترین) مسلمانان است، اینوع دلایل شامل اجماع و قیاس میباشد، در مورد دلیل شمردن اجماع، معتزله و برخی خوارج، و در مورد دلیل شمردن قیاس مذهب تشیع و ظاهریه مخالف اند.

ج) دلایل شرعی که برخی آنها دلیل میشمارند و برخی از جمهور علماء که قایل به دلیل شمردن قیاس استند در مورد آنها اختلاف دارند، اینوع دلایل عبارت اند از: عرف، استصحاب، استحسان، مصالح مرسله، شرع من قبلنا و مذهب صحابی میباشد.

نوع دوم: دلایل از حیث رجوع آنها به نقلی و عقلی به دونوع ذیل تقسیم میگردد:

أ) **دلایل نقلی:** اینوع دلایل شامل قرآن و سنت میباشد، اجماع و مذهب صحابی و شرع من قبلنا به دیدگاهی برخی از علمای که بر آن عمل مینمایند از جمله دلایل نقلی محسوب میگردند.^۹

ب) **دلایل عقلی:** عبارت از دلایل استند که به نظر و رأی (اجتهاد) متکی میباشند، اینوع دلایل در برگیرنده قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب شامل میشود، اینها را به این جهت دلایل عقلی میگویند که به نظر و رأی مجتهد بر میگردد نه به یک امر نقلی از جانب شارع.^{۱۰}

دلیل عقلی مجتهد منشاء استنباط از دلیل نقلی (قرآن و سنت) دارد بنابراین هیچ نوع قیاس، استحسان، مصالح مرسله و استصحاب منحصراً دلیل شرعی مقبول دانسته نمیشود که مخالف دلایل نقلی باشد، خصوصاً در بحث معاملات بانکداری چنین دلیل عقلی قابل قبول شده نمیتواند که قمار به هر شیوه متفاوت در بانکداری متعارف مشروعیت به مصالح مرسله داشته باشد و یا ربا را در عصر فعلی بنا بر عرف متعارف بانکداری استحساناً مجاز دانسته شود، زیرا معاملات قمار و ربا حرام قطعی به حکم قطعی الثبوت و قطعی الدلالة نصوص شرعی قرآن و سنت حرام شده است.

^۹ - زیدان عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه ص ۱۴۰ - ۱۴۱

^{۱۰} - مرجع فوق

از دلایل فوق حکم شرعی در مورد معاملات بانکداری اسلامی بنا بر حلال بودن و حرام بودن اینوع معاملات استنباط حکم میگردد، پس لازم است تا از نظر علمای اصول فقه حکم شرعی که بر آن اثر معاملات بانکداری اسلامی مرتب میگردد تعریف نمایم :

تعریف حکم: حکم از نظر علمای اصول فقه عبارت از خطاب خداوند است به طریق اقتضاء، اختیار و یا وضع که مرتبط به اعمال اشخاص مکلف میباشد.^{۱۱}

هدف خطاب خداوند در تعریف فوق مبنی بر خطاب مستقیم مانند حکم قرآن است و یا غیر مستقیم مانند حدیث نبوی صلی الله علیه وسلم میباشد، زیرا نزول وحی الهی به حضرت پیامبر بزرگ اسلام صلی الله علیه وسلم بطور وحی جلی و یا وحی خفی بود، چنانچه الله تبارک و تعالی میفرماید: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ

بُوحَىٰ^{۱۲} پیامبر از سر هوس سخن نمی گوید، این سخن بجز وحی است که برای او وحی می شود.

بنابر تعریف فوق احکام از نظر علم اصول فقه به سه نوع (حکم تکلیفی، اختیاری و وضعی) تقسیم میگردد که هرکدام در معاملات بانکداری اسلامی در مجاز بودن و حرام بودن معاملات بانکداری اینوع احکام تأثیر خود را دارند.

منابع بانکداری اسلامی که قبلاً اشاره شد هرکدام قرار ذیل به توضیح گرفته میشود:

۱- کتاب الله:

یکی از منابع در بانکداری اسلامی کتاب الله است اگرچه ضرورت به تعریف کتاب الله نیست چون معروف است بآنهم کتاب الله (قرآن) عبارت از کلام الله تعالی است که نازل شده بالای محمد صلی الله علیه وسلم به لسان عربی که کوچکترین سوره آن معجزه است، نوشته شده در مصاحف است که بطور متواتر نقل شده، تلاوت آن عبادت است، شروع به سوره فاتحه و ختم آن به سوره الناس است.^{۱۳}

^{۱۱} - الوجیز فی اصول فقه ص ۱۹

^{۱۲} - قرآنکریم (سوره نجم / ۳- ۴)

^{۱۳} - تفتازانی سعدالدین، لتلویح علی التوضیح ج ۱ ص ۲۹

مثالهای کتاب الله در مورد بانکداری اسلامی را میتوان حکم الله در مورد حلال بودن بیع و حرام بودن ربا دریافت نمود ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^{۱۴}

وجه دلالت: بیع را الله تبارک و تعالی توسط حکم تکلیفی اختیاری حلال و ربا را توسط حکم تکلیفی اقتضائی مبنی بر حرام بودن آن حکم نموده است.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾^{۱۵}

ای مردم از نعمت‌های حلال و پاکیزه‌ای که در زمین است بخورید، و از گامهای شیطان پیروی نکنید، زیرا او دشمن آشکار شماست.

وجه دلالت: خطاب الله تبارک و تعالی برای مردم است که از نعمت‌های حلال که الله تبارک و تعالی در روی کره زمین پاک و طیب خلق نموده است استفاده نماید و از اعمال شیطان که تشویق به قمار، ربا، سرقت، رشوت، اختلاس، فریب، تدلیس، غرر نباید پیروی نماید، هکذا در معاملات بانکداری باید به معاملات و عقود طیب و خوب تمسک نمود مانند عقد مضاربت، مباحه، مشارکه و ... و نباید به معاملات ناپاک شیطانی که همانا، ربا، قمار و ... است تمسک نمود.

۲- سنت:

عبارت از هر آن فعل، قول و تقریر که از جانب رسول الله صلی الله علیه وسلم صادر شده باشد است.^{۱۶}

مثالهای بانکداری اسلامی را از منبع دومی تشریح اسلامی میتوان در احادیث ذیل دریافت نمود:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبرُّ بالبرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح؛ مثلاً بمثل، يداً بيد؛ فمن زاد أو استزاد؛ فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء)).^{۱۷}

^{۱۴} - قرآنکریم (سورة بقره / ۲۷۵)

^{۱۵} - قرآنکریم (سورة بقره / ۱۶۸)

^{۱۶} - الزحيلي وهبه، اصول الفقه الإسلامي ص ۴۵۰، ط دارالفکر.

^{۱۷} - رواه مسلم و بخاری

از ابوسعید خدری رضی الله عنه روایت شده که فرمود: رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: ((طلا به طلا، نقره به نقره، گندم به گندم، جو به جو، خرما به خرما، نمک به نمک، مثل به مثل، دست به دست، کسیکه اضافه میدهد و یا می ستاند ربا نموده است، گیرنده و دادنده برابر اند در ربا.

وجه دلالت: حدیث فوق بر اینست که تبادلہ اشیاء همجنس باید مثل به مثل و دست به دست باشد و اگر در بین آنها تفاضل و زیادت در داد و ستد قرار گیرد، چنین داد و ستد حرام و ربا است، بنابراین ربا نسیئہ و ربا فضل هر دو مجاز نمیباشد، پس در بانکداری نباید برخلاف فرموده پیامبر صلی الله علیه وسلم عمل نمود و ربا را ترویج داد بلکه تسعیر به غیر همجنس در عقد صرف، پول در مقابل پول (دالر در برابر افغانی و یا ایرو در برابر دالر) جائز بوده و اگر پول کهنه افغانی در برابر پول جدید افغانی باشد اضافه گرفته شود بطور مثال ۱۰۰۰۰ افغانی پول جدید در برابر ۸۰۰۰ پول کهنه گرفته شود بعلت همجنس بودن غیر مجاز و ربا فضل دانسته میشود و یا ۱۰۰۰ افغانی پول بقرض داده شود و بعد از مدت ۱۱۰۰ افغانی گرفته شود و یا در هر بار تادیه قرض به اقساط تکتانه و یا فیس که در بانکداری متعارف مروج است گرفته شود که از اصل دین بیشتر پول گرفته میشود چنین معامله نیز بعلت ربا نسیئہ غیر مجاز و حرام میباشد.

۳- اجماع:

عبارت از اتفاق مجتهدین اسلامی در امت محمد صلی الله علیه وسلم بعد از رحلت او در تمام عصور بالای حکم شرعی میباشد.^{۱۸}

امام بزدوی^{۱۹} از علمای احناف در مورد ازمینه های اجماع در عصور تاریخ تشریح اسلامی از نظر قوت و ضعف چنین میفرماید: (برای اجماع مراتب است، اجماع زمان صحابه کرام رضی الله عنهم مثل کتاب الله و حدیث متواتر است، اجماع زمان تابعین و تبع تابعین مانند حدیث مشهور است، و اجماع عصور قبلی که ذکر شد و در آن اختلاف اندکی باشد مانند حدیث خبر واحد است).^{۲۰}

^{۱۸} - اصول الفقه الإسلامی ص ۴۹۰

^{۱۹} - بزدوی، ابوالیسر صدر الاسلام محمد بن محمد بن حسین بن عبدالکریم در سال ۴۲۱ هـ ق در قریه بزده از حوالی بخارا تولد و در سال ۴۹۳ هـ ق فوت نموده او عالم متکلم، فقیه و قاضی در فقه حنفی - ماتریدی بود که به دلیل آسانی و قابل فهم بودن آثار و تألیفاتش به ابوالیسیر مشهور شده بود. ابوالیسیر بزدوی - ویکی پدیا، دانشنامه آزاد (wikipedia.org)

^{۲۰} - مرجع سابق ص ۵۵۰

مقایسه نمودن اجماع در سه عصر از عصور تاریخ تشریح اسلامی بمفهوم حکم آن است، بالای اجماع اهل صحابه که بمنزله کتاب الله و حدیث متواتر^{۲۱} است اعتقاد و عمل بر آن واجب است، اجماع در زمان تابعین و تبع تابعین بمنزله حدیث مشهور^{۲۲} است و عمل به حدیث مشهور واجب است، و در سه زمان قبلی صحابه، تابعین و تبع تابعین هرگاه در اجماع کمترین اختلاف باشد و بیشترین اجماع صورت گرفته باشد، چون یکتعداد کوچک اختلاف نموده باشند، اگرچه اجماع به اکثریت صورت گرفته است بآنهم حیثیت خبر واحد^{۲۳} را دارد در احادیث نبی کریم صلی الله علیه وسلم حدیث خبر واحد نسبت ضعیف بودن آن عمل بر آن لازم است.

مثالهای از اجماع امت اسلامی در بانکداری اسلامی عبارت از حلال بودن بیع با تمام ارکان و شرایط آن و حرام بودن ربا با تمام انواع آن میباشد، هیچ گاهی در تشریح اسلامی فقهاء بیع را حرام و ربا را حلال ندانسته اند و همچنان قمار به اجماع امت اسلام حرام قطعی طبق نصوص شرعی دانسته شده است و هیچ گاهی به حلال بودن آن اجماع صورت نگرفته است، از سوی هم عقود که در بانکداری اسلامی صورت میگیرد مانند عقد مضاربت، مراهبه، مشارکه، اجاره، سلم، استصناع، تماماً به اجماع امت ثابت شده است.

۴- قیاس:

عبارت از تعدیت حکم از اصل به فرع است در علت واحد، که تنها معنای لفظی در آن مراد نمیشد.^{۲۴}

از تعریف فوق برای قیاس ارکان ذیل استنباط میگردد:

أ) اصل: عبارت از مقیاس علیه میباشد و در بر گیرنده حکم منصوص (حکم قرآن و حدیث) میباشد.

^{۲۱} - حدیث متواتر: عبارت از حدیث است که از رسول الله صلی الله علیه وسلم جمعیت آنرا روایت نموده باشد که احتمال و اتهام کذب در سه عصر از تاریخ تشریح ممکن نباشد. حکم حدیث متواتر: قطعی الثبوت است که از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت شده است به اتفاق علماء، علم و یقین به اینوع احادیث مطلق فرض است منکر اینوع احادیث کافر میباشد. (اصول الفقه الإسلامی ص ۴۵۳)

^{۲۲} - حدیث مشهور: عبارت از حدیث است که در عصر صحابه خبر واحد باشد و در عصر تابعین و تبع تابعین جمعیت آنرا نقل نموده باشد که احتمال و اتهام کذب و دروغگویی بالای آنها صورت گرفته نمیتواند، حکم حدیث مشهور: روایت آن قطعی است از جانب صحابه لیکن روایت آن از رسول الله صلی الله علیه وسلم قطعی الثبوت نیست از این جهت منکر اینوع حدیث گنهار است و عمل بر آن واجب است (اصول الفقه الإسلامی ص ۴۵۳)

^{۲۳} - حدیث خبر واحد: عبارت از حدیث است که از رسول الله صلی الله علیه وسلم یک یا دو راوی روایت کرده باشد که به تعداد تواتر و مشهور در عصور سه گانه تاریخ تشریح اسلامی نرسیده باشد. حکم حدیث خبر واحد افاد ظن و گمان را میکند نه یقین را، لازم است عمل بر آن نه اعتقاد بسبب شک در عدم ثبوت آن و این مذهب اکثر علماء و فقهای اسلامی در مورد خبر واحد است. (اصول الفقه الاسلامی ص ۴۵۵)

^{۲۴} - التلویح علی التوضیح ج ۲ ص ۵۲

ب) حکم: عبارت از حکم شرعی مقیس علیه است و نص در مورد آن حکم نموده باشد، متعدی شدن آن به فرع که مقیس است.

ج) فرع: عبارت از مقیس است که بالای حکم منصوص (قرآن و حدیث) قیاس میشود.

د) علت: عبارت از وصف مشترک بین اصل و فرع است.

بنابر تعریف و ارکان فوق میتوان در بانکداری اسلامی قیاس را در حرام بود ربا به سایر اشیای شش گانه که در حدیث ذیل ذکر گردیده قیاس نمود:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبرُّ بالبرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح؛ مثلاً بمثل، يداً بيد؛ فمن زاد أو استزاد؛ فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء)).^{۲۰}

از ابوسعید خدری رضی الله عنه روایت شده که فرمود: رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: ((طلا به طلا، نقره به نقره، گندم به گندم، جو به جو، خرما به خرما، نمک به نمک، مثل به مثل، دست به دست، کسیکه اضافه میدهد و یا می ستاند ربا نموده است، گیرنده و دادنده برابر اند در ربا.

در اشیای شش گانه که در حدیث فوق ذکر گردیده ربای نسیئه و ربا فضل ثابت است، لیکن فقها اشیای دیگری را در علت مشترک با این اشیای شش گانه قیاس مینمایند اگرچه فقهاء در اجتهاد مبنی بر علت ربا اختلاف نظر دارند چنانچه مذهب حنفی علت قیاس را در ربا بغیر از اشیای شش گانه اندازه و اتحاد جنس وانمود نموده است و مذهب شافعی ثمنیت را در طلا و نقره و طعام را در مطعومات چهارگانه که در حدیث ذکر گردیده علت ربا میدانند.

بنابراین چون طلا و نقره منحیث مقیس علیه هر آن اثمان یا اشیای که منحیث پول از آن استفاده میشود مانند پول نقد در تبادل از نظر همجنس بودن و اندازه بودن آن در علت ربا منحیث مقیس به طور ربا فضل و ربا نسیئه حرام بوده مجاز نمیشود و یا ذکر از گندم و جو در حدیث منحیث مقیس علیه با برنج منحیث مقیس در تبادل همجنس برنج با برنج به ربا فضل و نسیئه حرام و مجاز نمیشود.

^{۲۰} - رواه مسلم و بخاری

۵- استحسان:

این منبع شرعی را بیشتر احناف مورد قبول قرار داده است در بیشترین کتب مذهب حنفی ذکر گردیده است که این حکم در این مسئله قیاساً اینچنین است و یا این حکم در این مسئله استحساناً اینچنین است.

استحسان در اصطلاح عبارت از آنست که در یک مسئله، از حکمی که در نظایر آن است، به خاطر وجود دلیلی قوی تر، عدول نموده و به خلاف آن رأی داده شود.^{۲۶}

یا به عبارۀ دیگر استحسان عبارت از عمل به رأی غالب است در جایی که شرع، موضوع حکمش را مشخص نکرده و تشخیص آن را به عرف وا گذاشته باشد.^{۲۷}

هر دو تعریف فوق از دیدگاه علمای احناف ذکر گردیده است اما نسبت به تعریف اولی تعریف دومی واضح تر است و از آن مفهوم قیاس بطور درست گرفته میشود که مجتهد در استحسان رأی غالب را مد نظر میگیرد که شارع موضوع را مشخص نکرده باشد و مجتهد آنرا از عرف تشخیص و حکم را استنباط مینماید.

مثالهای استحسان را میتوان به انواع، ثبوت استحسان به نص، به اجماع، به عرف و به ضرورت قرار ذیل ذکر نمود:

أ) استحسان به نص:

آنست که عقد در اصل براساس قاعده عمومی ممنوع باشد لیکن براساس حکم خاص نص شرعی استحساناً مجاز میباشد مانند عقد مضاربت، عقد سلم و عقد اجاره که هر سه نوع عقد از جمله عقود معدوم اند، در عقد مضاربت ربح در زمان عقد مجهول میباشد لیکن منصوصی خلاف القیاس استحسان به نص مشروع گردیده است، در عقد سلم که بیع ثمن عاجل به ثمن آجل است، ثمن که عبارت از مبیعه است تا به حال وجود ندارد که چنین بیع معدوم است لیکن براساس نص شرعی استحساناً جائز دانسته میشود و یا عقد اجاره در ابتدای عقد منفعت معلوم نیست و معدوم است لیکن این نوع عقد براساس نص شرعی استحساناً جائز دانسته شده است

^{۲۶} - کشف الاسرار علی أصول البزدوی ج ۳ ص ۱۱۲۲

^{۲۷} - سرخسی محمد، اصول السرخسی، ج ۲، ص ۲۰۰

هرسه نوع عقود در بانکداری اسلامی بسیار مروج است پس گفته می‌توانیم که بانکداری اسلامی براساس استحسان نصی در معاملات چون مضاربت، سلم و اجاره مجاز است.

ب) استحسان به اجماع:

عبارت از حکم است که مجتهدین به اجماع آنرا مجاز دانسته باشند مانند عقد استصناع در حالیکه چنین عقد نیز بنا بر عدم موجودیت جنس (مبیعه) معدوم و غیر مجاز است، لیکن استحساناً به اجماع علماء چنین عقد جایز دانسته شده است که نسبت آن ضرورت مردم به این عقد است، که در بانکداری اسلامی بیشتر مورد انعقاد قرار می‌گیرد.

ج) استحسان به عرف:

اینوع استحسان را عرف مجاز دانسته است چنانچه اصل در وقف اینست که موضوع وقف باید عقار و اراضی (اموال غیر منقول) باشد لیکن در مورد اموال منقول مانند کالاها و کتاب‌ها براساس عرف نیز وقف استحساناً جائز دانسته میشود.

د) استحسان بسبب ضرورت:

اینوع استحسان نیز جائز است زیرا اسلام دینی است که برای دفع حرج و مشکل برای مردم احکام را وضع نموده است، چنانچه در عقد، غبن فاحش^{۲۸} ممنوع است و عقد را بطرف فسخ میبرد و در غبن یسیر (کوچک) نسبت ضرورت استحساناً عقد قابل فسخ دانسته نمیشود.

در بانکداری اسلامی غبن یسیر را میتوان در استحسان بسبب ضرورت مورد تمسک دانست و از فسخ عقد که بانک انجام داده و در آن ریج متصور باشد استناد نمود.

^{۲۸} - غبن فاحش حالت است که مبیعه از اصل قیمت به مراتب بالاتر به فیصدی که قوانین متفاوت ذکر مینماید بفروش رسیده باشد، در چنین حالت شخص غبن خورد میتواند عقد را بسبب غبن فاحش فسخ نماید، قانون مدنی افغانستان در ضمن ماده (۵۷۱) خویش مقدار غبن را از ۱۵ فیصد بالاتر قیمت بازار تعیین نموده است و چنین تصریح میدارد: هرگاه به سبب فریب یکطرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید، غبن وقتی فاحش گفته می‌شود که تفاوت بین قیمت حقیقی مال در هنگام عقد و قیمتی که مال بفروش رسیده به (۱۵ فیصد) یا بیشتر از آن بالغ گردد.

همچنان غبن فاحش در قانون مدنی تحت عنوان فریب تسجیل شده است و در ضمن ماده (۵۷۰) چنین تصریح گردیده است: فریب عبارت از بکار بردن وسایل حيله آمیز قولی یا فعلی ایست که طرف مقابل عقد را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، به نحویکه این وسایل اگر بکار برده نمیشد، رضایت وی در عقد بمیان نمی‌آمد.

۶- مصالح مرسله:

در اصل عبارت از جلب منفعت و دفع ضرر است، از اینرو جلب منفعت، دفع ضرر از اهداف و مصلحت خلقت در رسیدن به مقاصد آنهاست، پس منظور از مصلحت حفظ شریعت است و مصلحت شریعت در خلقت پنج مقصد است که عبارت اند از: حفظ دین، حفظ نفس، حفظ عقل، حفظ نسل، و حفظ مال بنابراین هر چیزی که شامل حفظ این پنج اصل باشد پس آن مصلحت است و هر آنچه از این پنج مقصد بگذرد فساد است و دفع آن مصلحت است.^{۲۹}

طبق تعریف فوق که از جانب امام غزالی رحمه الله^{۳۰} شده است مصلحت در پنج مقاصد شریعت اسلامی منحصر است که عبارت از حفظ آنها برای جلب منفعت است و دفع ضرر از آنها مصلحت است، یکی از این مقاصد (حفظ مال) است از اینکه شریعت اسلامی برای حفظ مال قواعد را گذاشته است برای کسب آن نیز از طریق مشروع قواعد را گذاشته است، بنابراین برای حفظ مال مشروع جلب منفعت مصلحت است و ضایع شدن آن دفع ضرر است، بطور مثال هرگاه کسب ملکیت مانند انواع بیوع و تجارت مشروع شده باشد مصلحت در حفظ آن و دفع ضرر مقصد شریعت اسلامی است و اگر مال از طریق غیر مشروع مانند احتکار، ربا، قمار، رشوت، اختلاس، سرقت بدست آمده باشد شریعت مصلحت را در حفظ آن منحیث مقصد جستجو نمی نماید، اینوع اموال را شریعت قابل مصادره به اموال عامه و یا رد به مالک اصلی آن میداند.

احناف مصالح مرسله را مانند استحسان قرار میدهند از اینرو بنزد احناف مصالح مرسله عیناً استحسان است چنانچه معاملات بانکداری اسلامی که در بخش استحسان به آن اشاره شد و میتوان عقد استصناع را در بانکداری اسلامی منحیث مصالح مرسله بنابر استحسان که فقهای اسلامی آنرا مجاز میدانند مثال داد.

^{۲۹} - الغزالی ابي حامد محمد بن محمد الطوسي، المستصفي من علم الأصول ج ۱ ص ۳۱۳

^{۳۰} - محمد غزالی در سال ۴۵۰ هـ ق در توس از بخش‌های خراسان متولد شده. یکی از علمای مذهب شافعی بود او و برادر کوچک‌ترش احمد غزالی یتیم بزرگ شدند. طبق وصیت پدرش، این دو پسر را به یکی از دوستان که ابوحامد احمد بن محمد الرادکانی نام داشت و صوفی مسلک بود سپردند. آن مرد نیز به وصیت عمل کرد تا آنگاه که میراث پدر به پایان رسید. غزالی در نوجوانی در شهر جرجان مشغول تحصیل در فقه اسلامی بود و پس از آن در نیشابور نزد الهی دان اشعری و فقیه برجسته شافعی، امام‌الحریمین جوینی، به شاگردی پرداخت. (غزالی - ویکی‌پدیا، دانشنامه آزاد (wikipedia.org))

۷- عرف:

عبارت از عادات است که مردم در جامعه آنها به طور مکرر انجام داده و به آن عادت گرفته باشند و در زندگی روزمره خویش از آن استفاده نمایند.

عرف بنزد فقهاء از جمله منابع شریعت اسلامی محسوب میگردد و بیشترین احکام فقه اسلامی به عرف سلیم مطابق شریعت بنا شده است، چنانچه در مورد مواد (۴۳ و ۴۵) مجله الاحکام تصریح میدارد:

(الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرَاطِ شَرْطًا) چیزی که به عرف ثابت شده باشد مانند اینکه شرط گذاشته شده باشد.

(التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ) چیزی که به عرف تعیین شده باشد مانند اینکه نص آنها تعیین نموده باشد.

عرف به انواع عرف عام و عرف خاص و همچنان به عرف صحیح و عرف فاسد تقسیم میگردد:

أ) **عرف عام:** عبارت از عادات است که در تمام شهرها و نزد مردم معمول باشد مانند عقد استنصاع که قبلاً از آن ذکر شد و یا هم مهر معجل و مؤجل در عقد نکاح.

ب) **عرف خاص:** عبارت از عادت است که تنها در برخی از شهرها و نزد برخی از مردم معمول باشد مانند اسناد عرفی روزنامه‌چه که نزد تجار در افغانستان منحصیث سند عرفی قبول شده است ممکن در کشور دیگری مانند مصر و عراق چنین سند قابل قبول نباشد، از همین رو ماده (۴۴) مجله الاحکام در معاملات تجارتی تصریح میدارد: (الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التَّجَّارِ كَالْمَشْرَاطِ بَيْنَهُمْ) عرف در بین تجار مانند شرط در بین آنها است.

ج) **عرف صحیح:** عبارت از عادت است که بین مردم رواج داشته باشد بدون اینکه حلال را حرام و حرام را حلال قرار دهد مانند عقد اجاره مفضی به تملیک که فعلاً در معاملات بانکداری اسلامی مروج شده است.

د) **عرف فاسد:** عبارت از عادت است که بین مردم رواج داشته باشد حلال را حرام و حرام را حلال قرار دهد مانند مجاز بودن ربا که در مراودات بانکداری متعارف معمول است.

مطلب سوم: تاریخچه بانکداری اسلامی:

قبلاً ذکر نمودم که ایجاد بانکداری اسلامی تجربه ای نسبتاً جدید در جهان اسلام است و علت ایجاد آن نیاز مبرم مسلمانان به موسسات بانکی که پاسخگوی و نیاز مندیهای آنها در جهان و در عین حال پایبندی مسلمانان به احکام شریعت اسلامی میباشد که معاملات بانکی آنها به دور از معاملات ربوی صورت گیرد.

سابقه تاریخی بانکداری اسلامی بر میگردد به سال ۱۹۶۳ م که در کشور مصر بانک های پس انداز اسلامی برای اولین بار تأسیس شد، متعاقباً در کشور پاکستان بانک پس انداز اسلامی تأسیس شد، بار دوم در کشور مصر بانک ناصر الاجتماعی در سال ۱۹۷۱ م ایجاد شد، در سال ۱۹۷۴ م بانک توسعه اسلامی در کشور سعودی ایجاد شد، در سال ۱۹۷۵ م بانک اسلامی دبی در کشور امارات متحده عربی ایجاد شد، در سال ۱۹۷۷ م بانک فیصل السعودی در کشور سعودی و بانک فیصل اسلامی در مصر ایجاد شد، در سال ۱۹۷۸ م بانک اسلامی اردنی در کشور اردن ایجاد شد، بعد از این در تمام کشورها اسلامی و غربی بانک های اسلامی ایجاد شد.^{۳۱} بانک های اسلامی را میتوان با تفکیک سالهای تأسیس و کشورهای مربوطه آنها در ادوار قبلی در

جدول ذیل معرفی نمایم:

^{۳۱} - المغربي عبد الحمید عبدالفتاح، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية ص ۸۴، ناشر البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

شماره	عنوان بانک اسلامی	کشور مربوطه	سال تأسیس
۱	بانک اسلامی اردنی برای تامین مالی و سرمایه گذاری	اردن - عمان	۱۹۷۸ م
۲	بانک اسلامی دبي	امارات متحده عربی - دبي	۱۹۷۵ م
۳	بانک اسلامی ایران	ایران - تهران	۱۹۷۹ م
۴	بانک برکت دولتی محدود	انجلترا	۱۹۸۴ م
۵	بانک اسلامی بحرین بانک برکت اسلامی بحرین	بحرین - المنامه بحرین	۱۹۸۱ م ۱۹۸۴ م
۶	بانک های متحد ملی برای مشارکه.	پاکستان - کراچی	۱۹۸۱ م
۷	بانک اسلامی بنگله دیش	بنگله دیش - داکا	۱۹۸۳ م
۸	مؤسسه سرمایه گذاری ترکی فیصل	ترکیه - اسطنبول	۱۹۸۵ م
۹	بیت سرمایه گذاری سعودی، تونس.	تونس	۱۹۸۳ م
۱۰	بانک اسلامی دولتی	دنمارک	۱۹۸۳ م
۱۱	بانک اسلامی فیصل سودانی بانک اسلامی تضامنی بانک اسلامی سودانی بانک اسلامی غرب سودان بانک اسلامی توسعه تعاونی بانک اسلامی برکت	سودان - خرطوم سودان - خرطوم سودان - خرطوم سودان سودان - خرطوم سودان - خرطوم	۱۹۷۷ م ۱۹۸۴ م ۱۹۸۳ م ۱۹۸۳ م ۱۹۸۳ م ۱۹۸۳ م
۱۲	بانک توسعه اسلامی (بانک دولتی)	عربستان سعودی - جدّه	۱۹۷۴ م
۱۳	بانک اسلامی فیصل	قبرص	۱۹۸۲ م
۱۴	بانک اسلامی قطر	قطر - دوحه	۱۹۸۰ م
۱۵	بانک اسلامی برکت	موریتانیا- نواکشوط	۱۹۸۰ م
۱۶	بانک اسلامی مالیزیا	مالیزیا - کولالمبو	۱۹۸۳ م
۱۷	بانک اجتماعی ناصر بانک اسلامی فیصل مصری	مصر - قاهره مصر - قاهره	۱۹۷۱ م ۱۹۷۷ م
۱۸	منبع: الانصاری محمود/ حسن اساعیل / متولی سمیر مصطفی / البنوک الاسلامیه ص ۱۲۰ - ۱۲۵ - کتاب ۸ اکتوبر سال ۱۹۸۸ م		

نوت: در برخی از کشورهای اسلامی و غیر اسلامی بغیر از بانک های اسلامی شرکت های در ادوار سال های قبلی تأسیس گردیده بودند که فعالیت ها و معاملات بانکداری اسلامی را انجام میدادند، که در اینجا ذکر نگردیده است، بانک های مندرج جدول فوق از سال ۱۹۷۱ الی سال ۱۹۸۵ م تأسیس شده اند در جدول فوق ذکر گردیده اند، البته قابل ذکر است که بعد از سالهای متذکره بیشترین بانک ها و شرکت ها در کشورها اروپائی، غربی و آسیائی غرض بانکداری اسلامی تأسیس و ترویج یافته اند.

تحقیق را که مدیریت کل نظارت بر بانکها و مؤسسات اعتباری، اداره مطالعات و مقررات بانکی کشور ایران در سال ۱۳۸۵ هـ ش انجام داده تا به سال متذکره سیستم بانکداری اسلامی در بیش از (۶۰) کشور دنیا با حدود (۲۵۰) مؤسسه مالی فعال اسلامی کار رد داشته است.^{۳۲}

^{۳۲} - آبادی، حمید رضا غنی، مدیریت کل نظارت بر بانکها و مؤسسات اعتباری، اداره مطالعات و مقررات بانکی، ص ۴۰ - سال ۱۳۸۵ هـ ش

مبحث دوم

عقد مضاربت و چگونگی آن در بانکداری اسلامی

مضاربت یکی از عقود است که در معاملات بانکداری اسلامی انعقاد میگردد و از جمله عقود است که قبلاً در شریعت اسلامی مشروعیت داشته در کتب فقهی تراث مباحث آن به کثرت ذکر گردیده است، صرفاً در عصر فعلی در چوکات بانکداری اسلامی تصنیف گردیده است، که در این مبحث به مطالب (مفهوم مضاربت، مشروعیت مضاربت، صفت مضاربت، ارکان مضاربت، شرایط مضاربت، آثار مضاربت صحیح و فاسد، نحوه حل اختلافات در مضاربت، فسخ مضاربت، قرارداد تطبیقی مضاربت) بحث میگردد:

مطلب اول: مفهوم مضاربت:

مضاربت در لغت: اصطلاح مضاربت در علم صرف از باب مفاعله است و خاصیت باب مفاعله اینست که هردو طرف هم اسم فاعل و هم اسم مفعول واقع شده میتوانند، یعنی فعل از هردو طرف صادر میشود چنانچه در مضاربت یکطرف پول میدهد که در دادن پول منحیث مضارب به فتحه حرف (را) مفعول واقع میگردد و طرف دیگر منحیث مضارب به کسره حرف (را) انجام عمل مینماید که در انجام عمل فاعل است و یا هم هرکدام منحیث اسم مفعول برعکس فوق قرار میگیرند. بنابراین اسم مفعول صاحب پول و مال را بنام رب المال و جانب مقابل را بنام اسم فاعل عامل یاد مینمایند.

بنابراین مضاربت در لغت به معنای (من ضرب الأرض) کسیکه زمین را میزند یعنی در زمین سفر و سیر میکنند استعمال میگردد، این وجه تسمیه در لغت اهل عراق و حجاز استعمال گردیده و به معنای قرض دادن به زمین است یعنی (السیر فی الأرض) طی نمودن زمین، از همین جهت این اصطلاح را مضاربت میگویند زیرا مضارب که عامل است در روی زمین برای کسب ربح و منفعت سیر و حرکت مینماید و یا اینکه هردو طرف ضرب میکنند به اندازه سهم خویش در ربح و فایده.^{۳۳}

۳۳ - لسان العرب / قاموس المحيط / حماد نزیه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ۴۲۲

مذهب حنفی و حنابله این عقد را بنام مضاربت یاد میکنند، در حالیکه مذهب مالکی و شافعی این عقد را بنام قرض یاد میکنند.^{۳۴}

در اصطلاح فقها: مجله الاحکام در ضمن حکم ماده (۱۴۰۴) خویش مضاربت را چنین تعریف نموده است:

(مضاربت نوع از شراکت است که رأس المال از یک طرف، سعی و عمل از جانب دیگری صورت گیرد).

تعریف فوق در کتاب رد المحتار علی الدر المختار نیز نقل شده است.^{۳۵} سایر فقهاء اسلامی نیز در تعریف مضاربت از نظر مفهوم کدام اختلاف ندارند و موافق به تعریف مذهب حنفی مضاربت را تعریف نموده اند.

قانون مدنی افغانستان در ضمن ماده (۱۲۶۱) مضاربت را مانند تعریف فقهی چنین تعریف نموده است:

(مضاربت، شریکیت بین دو شخص که یکی به پرداخت سرمایه و دیگری که مضارب نامیده میشود، بانجام عملی در آن سهم میگیرد).

قانون مدنی افغانستان عقد مضاربت را از جمله شرکت های مدنی دانسته است، زیرا قانون وضعی بین شرکت های تجاری و شرکت های مدنی تفکیک قائل است، شرکت های تجاری در قوانین تجاری مانند، شرکت های محدود المسئولیت، سهامی، تضامنی من حیث یک رشته مستقل حقوق خصوصی مورد مطالعه قرار میگیرند در حالیکه شرکت مدنی مانند شرکت مفاوضه و عنان، شرکت مضاربت، شرکت مباحه احکام را از مواد ۱۲۱۶ الی ۱۲۸۸ قانون مدنی افغانستان مدنی تصریح شده است.

مطلب دوم: مشروعیت عقد مضاربت:

عقد مضاربت از جمله عقود مجهول است که ربح آن در زمان انعقاد عقد مجهول میباشد، بنابراین هرگاه بر قیاس عمل شود پس مضاربت مجاز نبوده، لیکن مجاز بودن این عقد از نظر شرعی منصوصی به نصوص شرعی (کتاب الله و سنت نبوی صلی الله علیه وسلم) و اجماع امت ثابت شده است، که قرار ذیل هرکدام از دلایل ذکر میگردد:

^{۳۴} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۷۹ / الاختیار ج ۲ ص ۱۹ / الشرح الصغير ج ۳ ص ۶۸۱ / روضة الطالبین ج ۵ ص ۱۱۷ / کشف القناع ج ۳ ص ۵۰۸

^{۳۵} - رد المحتار علی الدر المختار ج ۴ ص ۴۸۳

۱- کتاب الله:

الله تبارک و تعالی میفرماید: ﴿وَأَخْرُونَ يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^{۳۶} و عده ای دیگر برای به دست آوردن روزی و برخورداری از فضل خدا سفر می کنند.

وجه دلالت آیه فوق عام است عقد مضاربت و تمام انواع کسب و تجارت را در سیر و سفر زمین شامل میشود، همچنان عقد مضاربت را نیز شامل میشود زیرا صاحب عمل در مضاربت سعی و کوشش جدی برای ربح در سفر و سیر زمین بخرج میدهد، چنانچه فقهای اسلامی که قبلاً در معنای لغوی اشاره نمودیم معنای عقد مضاربت را به معنای سیر و سفر در زمین دانسته بودند، بنابراین عقد مضاربت به دلالت حکم آیه فوق ثابت و مشروع میباشد.

۲- سنت:

مضاربت به صراحت احادیث نبی کریم صلی الله علیه وسلم من حیث اصل و منبع دوم شریعت اسلامی که ذیلاً روایت میشود ثابت میباشد:

عن صهیب رضی الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقارضة وأخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع)).^{۳۷} از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت است که در سه چیز برکت است، بیع به زمان، مقارضة (مضاربت) خلط نمودن گندم با جو برای خانه نه برای فروش.

وجه دلالت حدیث فوق برای مشروعیت برای مقارضة که همان مضاربت است و برخی فقهاء چنانچه قبلاً ذکر گردیده عقد مضاربت را عقد مقارضة و قرض میدانند میباشد و پیامبر صلی الله علیه وسلم در این عقد به برکت اشاره نموده است پس در عقد مضاربت برکت است روی این دلیل عقد مضاربت مشروع و یک عقد مجاز در فقه اسلامی دانسته میشود.

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ((كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله

^{۳۶} - قرآنکریم (سوره مزمل / ۲۰)

^{۳۷} - رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، زيعلى در كتاب نصب الرايه ج ۳ ص ۴۷۵ تحرير داشته که در برخی نسخه های ابن ماجه عوض کلمه (المفاوضة) (المقارضة) ذکر گردیده است، امام البانی در كتاب السلسلة والموضوعة ج ۵ ص ۱۱۸ این حدیث را ضعیف خوانده است،

صلی الله علیه وسلم فأجازه)).^{۳۸} زمانیکه عباس رضی الله عنه برای کسی مال خود را غرض مضاربت میداد، برای مضارب شرط میگذاشت که همراه مال مضاربت به بحر سفر نکند، و به دره و وادی فرود نه آید، اجناس مرطوب را نخرد و اگر این اعمال ذکر شده را انجام داد ضامن است و در صورت ضرر غرامت پرداخت نماید، زمانیکه این شرایط به رسول الله صلی الله علیه وسلم رسید آنحضرت صلی الله علیه وسلم به این شرایط اجازه داد.

وجه دلالت حدیث فوق مبین مشروعیت مضاربت است به شرایط که رب المال در حین انعقاد عقد مضاربت شرط میگذارد پس هرگاه پیامبر صلی الله علیه وسلم شرایط رب المال را در عقد مضاربت اجازه داده باشد تبعی است که اصل عقد نیز مجاز میباشد.

۳- اجماع:

تمام فقها به مشروعیت عقد مضاربت اتفاق دارند، و همچنان جمعیت از صحابه رضی الله عنهم اجمعین روایت شده است از جمله صحابه کرام هرکدام عمر، عثمان، علی، عبد الله بن مسعود، عبدالله بن عمر، عبیدالله بن عمر و عائشه رضی الله عنهم اجمعین، اموال یتیم را برای نفع اش به مضاربت میدادند، در زمان صحابه هیچ یک از صحابه از عقد مضاربت انکار ننموده اند و تماماً به مشروعیت این عقد اجماع نموده اند، از آن زمان به بعد اهل علم تماماً به مشروعیت عقد مضاربت اجماع نموده اند و قیاس را ترک نموده اند.^{۳۹}

۴- حکمت مشروعیت عقد مضاربت:

انسانها نسبت خصوصیات شان متفاوت خلق گردیده اند برخی از انسانها دارای استعداد کاری و فکر تجارتي خوبی هستند لیکن سرمایه ندارند تا تجارت و خرید و فروش نمایند لیکن برخی از انسانها سرمایه دارند، لیکن استعداد تجارتي ندارند تا سرمایه خویش را رشد بدهند، از اینرو اشخاص که دارای استعداد تجارتي اند میتوانند به فن و استعداد خویش سرمایه رب المال را بر اساس توافق که بین آنها منعقد میگردد رشد داده ربح آنرا را بین هم براساس توافق تقسیم نمایند چنانچه در این ایام بانکهای و شرکت های اسلامی به مضاربت میپردازند.

^{۳۸} - أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب القراض، باب المضارب، والطبراني، والدارقطني في سننه.

^{۳۹} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۷۹

امام کاسانی رحمه الله،^{۴۰} صاحب کتاب بدائع الصنائع در کتاب خویش در مورد حکمت عقد مضاربت چنین توضیح میدارد:

برخی از انسانها که نزد آنها مال است لیکن استعداد تجارت را ندارند و برخی انسانها استعداد تجارت را دارند لیکن مال ندارند، از اینرو شریعت اسلامی این عقد را مشروع گردانیده است برای دفع هردو حاجت که صاحب مال، پول خود را به صاحب مهارت تجارت بسپارد تا حاجت هردو رفع گردد، زیرا الله تبارک و تعالی عقود را برای مصلحت بندگان و دفع حوائج آنها مشروع گردانیده است.^{۴۱}

بنابراین عقد مضاربت در صفت خویش از جمله عقود جائز غیر لازمی است، بنزد مذهب حنفی، شافعی و حنابله به فسخ یکی از طرفین (رب المال یا مضارب) فسخ میگردد، زیرا متصرف در مال غیر به اجازه مالک مانند وکیل است.^{۴۲}

همچنان در فسخ مضاربت که از هر جانب صورت گیرد باید جانب مقابل آن علم حاصل نماید در صورت که رأس المال (سرمایه) مال عینی (پول نقد) باشد.^{۴۳}

مطلب سوم: ارکان عقد مضاربت:

جمهور فقهاء (مالکی ها، شوافع و حنابله) و مذهب حنفی در مورد ارکان عقد در مجموع اختلاف دارند اثر این اختلاف نظر در ارکان خصوصی هر عقد نیز تأثیر خود را دارد چنانچه در ارکان عقد مضاربت نیز بمشاهد میرسد از اینرو ارکان عقد مضاربت نزد جمهور فقهاء و احناف عبارت اند از:

اول: ارکان عقد مضاربت بنزد جمهور فقهاء:

نزد جمهور فقهاء عقد مضاربت چهار رکن دارد که عبارت اند از عاقدین، رأس المال، عمل، ربح و صیغه.^{۴۴}

^{۴۰} - اسم مکمل کاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد، علاوالدین الکاسانی، که منسوب به شهر خود کاسان، قاشان، کاشان یکی از شهرهای ترکستان عقب دریای آمو شهر سمرقند است، در حلب زندگی میگردد از علماء و امامان مذهب حنفی است و به ملک العلماء نیز مشهور است در سال ۵۷۸ هـ ق وفات نموده است. کتب مشهور او بدائع الصنائع است.

^{۴۱} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۷۹

^{۴۲} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۹ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۹ / المغنی ج ۵ ص ۶۴

^{۴۳} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۹

^{۴۴} - التاج والإکلیل بهامش مواهب الجلیل ج ۵ ص ۳۵۵ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۳۴ / الشرح الصغیر ج ۲ ص ۱۶۰

۱- **عاقدين:** عبارت از رب المال و مضارب است (شخص صاحب مال و شخصیکه بواسطه عمل خویش تجارت را در مضاربت انجام میدهد).

۲- **رأس المال:** عبارت از مال است که در عقد مضاربت به شخص مضارب و عامل غرض عقد مضاربت سپرده میشود.

۳- **عمل:** عبارت از فعل است که در عقد مضاربت از جانب مضارب غرض رشد رأس المال صورت میگیرد.

۴- **ربح:** عبارت از فایده است که در عقد مضاربت بین رب المال و مضارب براساس توافق تقسیم میگردد.

۵- **صیغه:** عبارت از ایجاب و قبول است که بواسطه آن عقد بین رب المال و مضارب منعقد میگردد.

بنزد مذهب مالکی صیغه از جمله ارکان مضاربت نمی باشد و نه شرط صحت عقد مضاربت است بنابراین عقد مضاربت بدون تلفظ لفظ نیز درست میشود.^{۴۵}

بنزد مذهب شافعی در عقد مضاربت قبول به فعل باید صورت گیرد مانند اینکه ایجاب به فعل امر صورت گیرد مثل اینکه برای مضارب بگوید این پول را غرض مضاربت بگیرد و شخص قبول کننده پول را بگیرد به همین طریقه عقد مضاربت منعقد میگردد.^{۴۶}

دوم: ارکان عقد مضاربت بنزد احناف:

بنزد احناف ارکان عقد مضاربت لفظ ایجاب و قبول و یا سائر الفاظ که دلالت به ایجاب و قبول نماید.^{۴۷} در مورد رکن مضاربت ماده (۱۴۰۵) مجلة الاحکام چنین تصریح میدارد:

(رکن مضاربت ایجاب و قبول است مثلاً زمانیکه رب المال برای مضارب بگوید بگیرد این رأس المال را برای رشد و عمل مضاربت، که تقسیم فایده آن بین من و تو بطور مثال مناصفه است یا دو بر سه حصه است و یا سوم حصه است، و یا اینکه قول را بگوید که افاده معنای مضاربت را نماید مانند این قول بگیرد این پول را منحیث رأس المال و فایده آن بین من و تو مشترک است، در اینصورت مضارب قبول کند عقد مضاربت منعقد میگردد).

^{۴۵} - تمام مراجع فوق

^{۴۶} - التاج والإکلیل بهامش مواهب الجلیل ج ۵ ص ۳۵۵ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۳۴ / الشرح الصغیر ج ۲ ص ۱۶۰

^{۴۷} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۷۹

شرط نیست که لفظ ایجاب از جانب رب المال صادر شود بلکه هر یکی از متعاقدين ميتوانند لفظ اول ایجاب را صادر نمایند مانند اینکه رب المال برای مضارب بگوید که این مقدار پول را برای تادیه مینمایم تا بوسیله آن مضاربت نمائید و مضارب قبول نماید و یا اینکه مضارب برای رب المال بگوید که پولش را برای او بغرض مضاربت بدهد و رب المال قبول نماید، در هر دو صورت عقد بالوسیله ایجاب و قبول منعقد میگردد، زیرا بنزد احناف شرط نیست که ایجاب در قدم اول از جانب رب المال صادر شود.

در عصر فعلی در بانکها و شرکت های اسلامی که عقد مضاربت را انجام میدهند، جنبه های تطبیقی آن بطوری است که بانک و یا شرکت در اشتهاارات تجارتي خویش تصریح میدارند، که اشخاص منحیث رب المال ميتوانند پول خویش را منحیث رأس المال به بانک و یا شرکت به عقد مضاربت تسلیم نمایند که به این صورت ایجاب از جانب بانک در اشتهاارات اعلان میگردد و اشخاص هرگاه این ایجاب را قبول نمایند و پول خویش را منحیث رأس المال به بانک غرض عقد مضاربت تسلیم نمایند عقد مضاربت منعقد میگردد.

و یا برعکس اشخاص به بانک مراجعه نموده و پول خویش را منحیث رأس المال به بانک تقدیم نموده و ایجاب عقد مضاربت را مینمایند در صورت که بانک به این ایجاب شخص رب المال لیبیک گفته و آنرا قبول نماید عقد مضاربت منعقد میگردد.

مطلب چهارم: شرایط عقد مضاربت:

برای مضاربت غرض صحت آن فقهاء شرایط را وضع نموده است برخی آنها به عاقدین ارتباط دارد، برخی به رأس المال ارتباط دارد، برخی دیگری به ربح ارتباط دارد که قرار ذیل توضیح میگردد:

اول: شرایط که به عاقدین ارتباط دارد:

عاقدین که عبارت از رب المال و مضارب استند باید دارای اهلیت وکالت باشند، زیرا مضارب در رأس المال به اجازه رب المال تصرف میکند که این تصرف به مفهوم و معنای وکالت است، از اینرو لازم است تا طرفین عقد اهلیت وکالت را داشته باشند یعنی عاقل و بالغ باشند، چنانچه در مورد ماده (۱۴۰۸) مجلة الاحکام چنین تصریح میدارد:

(اهلیت رب المال برای توکیل و مضارب برای وکالت شرط است).

براساس ماده فوق مجله عقد مضاربت، وکالت به بیع است که جانب رب المال حیثیت مؤکل را دارد و جانب مضارب حیثیت وکیل به بیع را دارد، عقد را به نیابت مؤکل (رب المال) بطور مطلق و یا مقید منعقد مینماید و براساس توافق در نفع باهم شریک میباشند.

ماده (۱۲۶۲) قانون مدنی افغانستان داشتن اهلیت را در عقد مضاربت شرط دانسته و مانند فقه اسلامی چنین تصریح میدارد:

(داشتن اهلیت توکیل صاحب سرمایه و اهلیت وکالت مضارب در مضاربت شرط است).

دوم: شرایطی که به رأس المال ارتباط دارد:

شرایطی که به رأس المال ارتباط دارد قرار ذیل تقسیم میگردد که عبارت اند از:

۱- شرط است که رأس المال باید پول نقد رائج باشد:

رأس المال باید پول نقد مانند، درهم، دینار و یا افغانی، دالر، پوند، ایرو باشد. بنزد جمهور فقهاء که در اینمورد اختلاف وجود ندارد.^{۴۸}

فقهاء اتفاق دارند در مورد اینکه مضاربت به عروض (اجناس مالی) جواز ندارد، در مورد استدلال میگردد که منفعت آنچه که باید تعیین شود نبود تضمین آنست زیرا قیمت عروض در زمان خرید آنها تعیین میگردد در اینصورت تعیین نمودن عروض غیر مضمون است، حتی اگر قبل از تسلیمی از بین برود، چیزی بر مضارب لازم نمیگردد از اینرو منفعت در عقد مضاربت آنست که تضمین شود، مانند پول نقد.

در مورد پیامبر بزرگ اسلام صلی الله علیه وسلم چنین میفرماید:

عن عبدالله بن عمرو أن النبي صلی الله علیه وسلم قال: ((لا یحل سلف و بیع ولا شرطان فی بیع، ولا ربح مالم یضمن، ولا بیع ما لیس عندک))^{۴۹}. جائز نیست پیش پرداخت در بیع و نه دو شرط در بیع و نه ربح آنچه که ضمانت نشده باشد و نه بیع چیزی که در تصرف شما نیست.

^{۴۸} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۸۲ / الشرح الصغير ج ۳ ص ۶۸۲ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۰ / کشف القناع ج ۵ ص ۵۰۷

^{۴۹} - اخرجہ الترمذی ج ۳ ص ۵۲۵، حدیث حسن صحیح

همچنان فقهاء بیان میدارند که مضاربت در عروض در زمان تقسیم ربح بین رب المال و مضارب بطرف جهالت فایده میرود، زیرا قیمت عروض در زمان حیات شناخته نمیشود به گمان و همچنان قیمت ها مختلف میباشد، بنابراین جهالت بطرف منازعه و دعوی کشانده میشود، از اینرو رأس المال عروض تعیین شده نمیتواند.^{۵۰}

یک حالت استثنائی را فقهای احناف برای اینکه عروض رأس المال تعیین شده میتواند فرض نموده است و آن اینکه هرگاه رب المال برای مضارب جنس را تسلیم نماید و برایش بگوید که این جنس را به پول نقد فروخته و آن پول را در تصرف خود گرفته و توسط آن مضاربت نماید در اینصورت عقد مضاربت درست میشود، زیرا در اینصورت عقد مضاربت به پول نقد منعقد میگردد.^{۵۱}

چنانچه در مورد ماده (۱۴۰۹) مجلة الأحكام چنین تصریح میدارد:

(جواز ندارد در مضاربت که رأس المال عروض، جنس، عقار " زمین " و دین در ذمه مردم باشد، لیکن جواز دارد که رب المال چیزی از عروض را برای مضارب بدهد که آنها را بفروشد و به پول آن مضاربت نماید ...)

قانون مدنی افغانستان در ضمن حکم ماده (۱۲۶۳) خویش رأس المال را مانند دیدگاهی فقهای اسلامی پول نقد قرار داده است و چنین تصریح میدارد:

(سرمایه باید پول نقد و معلوم بوده، به مضارب تسلیم گردد، دینیکه بر ذمه شخص است، سرمایه شده نمیتواند).

۲- شرط است که رأس المال باید معلوم باشد:

فقهاء در مورد تصریح میدارند که اندازه، وصف و جنس رأس المال برای عاقدین باید معلوم باشد تا اینکه مضاربت نسبت جهالت به نزاع و دعوی کشانده نشود، در صورت که رأس المال معلوم نباشد چنین مضاربت فاسد است تا زمانی نافذ نمیگردد تا اینکه رأس المال معلوم نگردد.^{۵۲}

در مورد ماده (۱۴۱۱) مجلة الاحکام نیز تصریح میدارد:

^{۵۰} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۸۶

^{۵۱} - مرجع فوق ج ۶ ص ۸۲

^{۵۲} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۸۲ / جواهر الإکلیل ج ۲ ص ۱۷۱ / حاشیة الدسوقي ج ۳ ص ۵۱۸ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۰

(شرط است در مضاربت که رأس المال معلوم باشد مانند شرکت در عقد، و همچنان شرط است تعیین حصه هر عاقد در ربح " فایده" جزء مشاع مانند نصف حصه، ثلث حصه، و یا اگر مطلق ذکر نموده باشد شراکت را مانند اینکه گفته باشد ربح " فایده" بین ما بطور مساوی است).

قانون مدنی افغانستان نیز در ضمن حکم ماده (۱۲۶۳) معلوم بودن رأس المال را شرط دانسته است، چنانچه قبلاً ذکر این ماده شد.

۳- شرط است که رأس المال در مضاربت عینی باشد:

هرگاه رأس المال در مضاربت عینی نباشد و دین در ذمه دائن باشد در اینصورت مضاربت درست نیست.^{۵۳} در مورد مجله الاحکام در ضمن حکم ماده (۱۴۰۹) خویش که قبلاً ذکر گردید تصریح میدارد. در مورد متن ماده (۱۲۶۳) قانون مدنی افغانستان که قبلاً ذکر گردید، در متن این ماده قانونی شرط دانسته شده تا رأس المال باید عینی باشد نه دین بر ذمه مدیون.

۴- شرط است که رأس المال در مضاربت باید قابلیت تسلیمی را برای مضارب داشته باشد:

رأس المال در مضاربت مانند امانت در دست مضارب است، از اینرو صحیح نمیشود مضاربت بدون تسلیمی رأس المال و همچنان درست نمیشود مضاربت به اینکه رأس المال در دست رب المال باشد، و اگر شرط گذارد رب المال که رأس المال نزد او باشد در اینصورت مضاربت درست نمیشود و فاسد میگردد.^{۵۴} در مورد مجله الاحکام در ضمن مواد (۱۴۱۰ و ۱۴۱۳) خویش تصریح میدارد:

(شرط است تسلیمی رأس المال به مضارب).

(مضارب امین است و رأس المال در نزد او حکم ودیعت را دارد، از جهت تصرف مضارب در رأس المال وکیل رب المال است و اگر ربح نمود شریک در ربح " فایده " است).

^{۵۳} - فتح القدیر ج ۷ ص ۵۹

^{۵۴} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۸۵

سوم: شرایط که به ربح (فایده) ارتباط دارد:

شرایط که در مضاربت به ربح ارتباط دارد عبارت اند از:

۱- شرط است که ربح (فایده) معلوم باشد:

در مورد این شرط فقهاء اتفاق دارند، برای صحت عقد مضاربت شرط است که سهم هر کدام از عاقدین باید معلوم باشد، زیرا معقود علیه در عقد مضاربت ربح است و جهالت در معقود علیه (ربح) عقد را به فساد میکشاند.^{۵۵}

۲- شرط است که ربح (فایده) جزء مشاع باشد:

فقهاء در مورد اتفاق دارند که تعیین ربح برای هرکدام از رب المال و مضارب بجزء مشاع در ربح به اندازه نصف، (۲/۱) ثلث (۳/۱) و یا ربع (۴/۱) حصه می باشد.^{۵۶}

در مورد ماده (۱۴۱۲) مجلة الاحکام تصریح میدارد:

(زمانیکه یکی از شروط عقد مضاربت که ذکر گردیده فاقد گردد مانند اینکه تعیین نشود حصه هرکدام از عاقدین به جزء مشاع بلکه بصورت قطع تعیین گردد که برای یکی از عاقدین به این مقدار پول از فایده داده شود، در اینصورت مضاربت فاسد میگردد).

در مورد دو شرط فوق مواد (۱۲۶۴ و ۱۲۷۵) قانون مدنی افغانستان چنین تصریح میدارد:

(اندازه مفاد هریک از طرفین باید بصورت جزء مشاع تعیین گردد. در صورت عدم تعیین مفاد، طور منصفه تقسیم می شود).

(هریک از مضارب و صاحب سرمایه باید در مفاد شریک باشند، در صورتیکه شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به مضارب تعلق گیرد عقد قرض، و اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به صاحب سرمایه تعلق یابد، مضارب بحیث معامله دار، در مقابل اجرت مثل شناخته میشود).

^{۵۵} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۸۵ / شرح الصغير ج ۳ ص ۶۸۲ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۳ / روضة الطالبین ج ۵ ص ۱۲۲

^{۵۶} - مراجع فوق.

مطلب پنجم: آثار عقد مضاربت:

در صورتکه ارکان و شروط که قبلاً ذکر گردید در عقد مضاربت تحقق یابد، عقد صحیح و آثار حقوقی بالای آن مرتب میگردد و در صورت که مضاربت فاسد گردد نیز برخی از آثار بالای آن مرتب میگردد که قرار ذیل هرکدام جداگانه بحث میگردد:

جزء اول: آثار مضاربت صحیح:

مضارب در عقد مضاربت صحیح به ارتباط عمل او در مال مضاربت دو اثر مرتبه تحقق میابد که عبارت از نفقه مضارب و ربح تعیین شده میباشد.^{۵۷}

۱- نفقه مضارب:

در مورد نفقه مضارب در عقد مضاربت فقهای مذاهب اربعه اختلاف دارند که قرار ذیل نظریات هرکدام ذکر میگردد:

اول: بنزد مذهب حنفی:

مضارب مستحق نفقه و مصارف در عقد مضاربت میشود زیرا مضارب به واسطه کار در پول مضاربت مستحق نفقه است، اگرچه منفعت در مضاربت ممکن است وجود داشته باشد و یا هم نداشته باشد از اینرو شخص عاقل با پول خود سفر نمی کند برای منفعت پول دیگران که آنهم احتمال وجود و یا عدم وجود منفعت در آن متصور باشد.

همچنان احناف استدلال مینمایند، اگر مضارب مستحق نفقه در مال مضاربت نگردد، اشخاص عقد مضاربت را انجام نمی دهند در حالیکه ضرورت مبرم برای این عقد وجود دارد، از اینرو مصارف مضارب از رأس المال دلالتهاً به اجازه رب المال در حین عقد داده میشود.

شرط وجوب نفقه برای مضارب اینست که با رأس المال از شهر که رأس المال را قبض نموده است غرض مضاربت به شهر دیگری خارج شود، این شرط نیست که مضارب به شهر خود و یا شهر بیگانه سفر کند.

^{۵۷} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۵

نفقه باید در قدم اول از ریح و فایده بدست آمده محسوب شود در صورتیکه مال مفاد نکرده باشد در اینصورت باید از رأس المال گرفته شود.

مراد از نفقه مضارب، پوشیدنی، طعام، نوشیدنی، اجرت اجیر، فراش خوابگاه، مصارف سواری، شستن لباس، مصارف چراغ و روشنی در شب میباشد، تداوی مضارب در صورت مرض در نفقه شامل نمیگردد.^{۵۸}

در مورد نفقه مضارب مجلة الاحکام در ضمن حکم ماده (۱۴۱۹) خویش چنین تصریح میدارد:

(زمانیکه مضارب برای مضاربت به غیر از محل که رأس المال را تسلیم شده است سفر مینماید، مستحق مصرف براساس عرف از مال مضاربت میشود).

دوم: بنزد مذهب مالکی:

نفقه مضارب در مضاربت تحت شرایط ذیل جواز دارد:

- ۱- عملاً برای تجارت غرض رشد مال مضاربت سفر نماید.
- ۲- اگر به محل سفر کند غرض رشد مال مضاربت که در آن محل زوجه اش سکونت دارد در این صورت نیز مصارف و نفقه مضارب ساقط میگردد.
- ۳- اینکه مال مضاربت امکان انفاق را داشته باشد، یعنی زیاد باشد نه اینکه کم باشد، زیرا در مال کم نفقه مضارب لازم نمیگردد، زیاد بودن و کم بودن مال براساس عرف ثابت میگردد.
- ۴- اینکه سفر برای رشد مال مضاربت باشد در صورتیکه سفر برای زوجه مدخول بها مضارب باشد و یا برای حج باشد نفقه مضارب لازم نمیگردد.^{۵۹}

سوم: بنزد مذهب شافعی:

مضارب مستحق نفقه در مال مضاربت نه در سفر و نه هم در حضر میشود، زیرا نصیب و حصه او در فایده و ریح ثابت است بنابراین مستحق چیزی دیگری مانند نفقه و مصارف نمیشود و اگر در عقد مضاربت نفقه شرط گذاشته شود عقد فاسد میگردد.^{۶۰}

^{۵۸} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۵

^{۵۹} - الشرح الکبیر ج ۳ ص ۵۳

^{۶۰} - مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۷

چهارم: بنزد مذهب حنبلی:

مضارب مستحق نفقه در مال مضاربت نمیشود، اگرچه با مال مضاربت یکجا سفر نموده باشد، زیرا برای مضارب ربح و فایده از مضاربت میرسد از اینرو مستحق چیزی دیگری نمیشود، در صورت توافق اگر نفقه تعیین شده باشد بهتر است.^{۶۱}

پنجم: دیدگاه قانون مدنی افغانستان:

قانون مدنی افغانستان مانند فقه حنفی مضارب را مستحق مصارف سفر دانسته است و در ضمن حکم ماده (۱۲۷۸) خویش چنین تصریح میدارد:

(مصارف انتقال مضارب، از یکجا بجای دیگر بغرض اجرای امور مضاربت به اندازه مناسب از مال مضاربت وضع می شو).

۸- مقارنه:

براساس نظریات فوق فقهای مذاهب اسلامی چنین استنباط میگردد که مذهب حنفی مضارب را مستحق نفقه دانسته است اگرچه در قرار داد صراحتاً ذکر نگردیده باشد، زیرا اجازه انفاق داللتاً در صورت سفر برای مضارب داده شده است و اگر چنین نباشد عقد مضاربت را کسی منعقد نمی نماید.

مذهب مالکی تحت شروط چهارگانه اجازه داده است که با مذهب حنفی همخوانی دارد، لیکن مذهب شوافع مطلق منع نموده است نفقه مضارب را در مال مضاربت و حتی اگر شرط گذاشته شود عقد فاسد میگردد، مذهب حنبلی مضارب را مستحق نفقه ندانسته است، اما در صورت که در قرار داد ذکر گردد، انفاق مضارب جائز است که نسبتاً مذهب حنبلی نیز با مذهب حنفی و مالکی توافق دارد با تفاوت اینکه در مذهب حنفی اگر انفاق در قرار داد ذکر گردیده باشد و یا خیر؟ انفاق مضارب لازم میگردد، لیکن در مذهب حنبلی شرط است تا در قرار داد ذکر گردد و همچنان مذهب حنبلی نفقه مضارب را هر آنچیزیکه از جمله حوائج مضارب برای رشد مال مضاربت دانسته میشود آنرا از جمله نفقه و مصارف مضارب مشروط به تصریح در عقد و قرار داد میداند.

^{۶۱} - کشاف القناع ج ۳ ص ۵۱۶

چگونگی نفقه و مصارف بانک های اسلامی در عقد مضاربت:

بنابر مقارنه فوق در عصر فعلی دیدگاه مذهب حنبلی برای بانک ها و شرکت های اسلامی که عقد مضاربت را منعقد مینمایند موزون تر بنظر میرسد که باید در عقد و قرار داد موارد مصارف و نفقه مضارب باید تعیین گردد و یا هم نگردد، زیرا بین هردو طرف رب المال و مضارب باید شرایط و احوال قرار داد در متن آن معین باشد بطور مثال بانک ها و شرکت های میتوانند در متن قرار داد مصارف بانکی خویش را ذکر نمایند و یا برای رقابت سالم بینهم تنازل نمایند در صورت که در قرار داد ذکر نگردیده باشد، به تنازل مضارب دلالت مینماید.

۲- ربح (فایده) مسمی (تعیین شده):

یکی از آثار عقد مضاربت ربح مسمای که در زمان عقد تعیین شده باشد میباشد و در این موضوع بین فقها اختلاف وجود ندارد که هردو طرف (رب المال و مضارب) در صورتیکه در مضاربت ربح بوجود آمده باشد به حسب توافق مستحق میگردند، و همچنان بنزد مذهب حنفی، مالکی، شافعی و در روایت بنزد مذهب حنبلی مضارب مالک حصه ربح از مضاربت در زمان تقسیم مضاربت میگردند نه تنهاب بمجرد کسب ربح به این توضیح که هرگاه در مضاربت ربح بطور مثال ۱۰۰۰۰ افغانی رأس المال باشد و ۵۰۰۰ افغانی ربح بدست آمده باشد بمجرد ۵۰۰۰ افغانی ظهور ربح مضارب مستحق ربح نمی گردد تا زمانیکه تصفیه حساب و تقسیم بین رب المال و مضارب صورت نگیرد از اینرو مضارب نمیتواند بمجرد ظهور ربح در حصه خود تصرف مالکانه نماید تا زمانیکه تقسیم صورت نگرفته باشد.

فقها در مورد زمان مالک شدن مضارب از ربح اختلاف دارند که در کدام زمان مضارب مالک حصه ربح خود میشود که قرار ذیل اقوال فقهاء نقل میگردد:

اول: بنزد مذهب حنفی:

مضارب از مضاربت صحیح مالک ربح مسمی خویش میگردند، در صورت که در مضاربت ربح صورت گرفته باشد، و ربح زمانی ثابت میشود که تقسیم صورت گرفته باشد، تا زمانیکه رب المال، رأس المال را تسلیم نشده باشد جواز ندارد تقسیم ربح بین رب المال و مضارب، چنانچه اگر رأس المال ۱۰۰۰ افغانی باشد و ۱۰۰۰ افغانی ربح بدست آمده باشد و ربح قبل از تسلیمی رأس المال تقسیم شده باشد و رأس المال در دست مضارب باشد و هلاک گردد در این صورت تقسیم درست نیست و مضارب باید قسمت ربح بدست آورده را دوباره مسترد

نموده و رأس المال را تکمیل نماید، زیرا تا زمانیکه اصل بطور کامل تسلیم نشود فرع تسلیم و تصرف شده نمیتواند^{۶۲} بنابر حدیث که از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت شده ((مثل المصلي كمثل التاجر لا يخلص له ربحه حتى يخلص له رأس ماله، كذلك المصلي لا تقبل نافلة حتى يؤدي الفريضة))^{۶۳} مثال نمازگزار مانند تاجری است که سودش از او کم نمی‌شود تا سرمایه‌اش را حفظ نکند، همچنین نمازگزار تا وقتی که نماز فرض را به جا نیاورد نماز نفل اش قبول نمی‌شود.

وجه دلالت حدیث فوق اینست تا زمانیکه تاجر اصل رأس المال را نقد نکند فایده اش نقد نمیشود، مانند نماز گذار هرگاه اراده نماید که نماز فرض و نفل را یکجا اداء نماید تا زمانیکه نماز فرض را بوقت اش اداء ننماید، خواندن نماز نفل برایش جایز نیست در عقد مضاربت به همین گونه تا اینکه اصل رأس المال نقد نشود مانند اصل سرمایه در تجارت و خواندن نماز فرض به فرع که فایده در تجارت و نماز نفل در عبادت است عمل نمودن جائز نیست.

دوم: بنزد مذهب مالکی:

بنزد مذهب مالکی تا زمانیکه رأس المال تجزیه، تصفیه و رضایت هر دو طرف در تقسیم حاصل نشود تقسیم ربح جواز ندارد، هرگاه قبل از تجزیه و تکمیل رأس المال هلاک شود و یا تغییر قیمت سلعه در بازار بوجود آید که بواسطه آن رأس المال تنقیص یابد، در اینصورت ثابت است که ضرر به رب المال میرسد.

و اگر یک طرف تقاضای تجزیه و تصفیه رأس المال و ربح را از قاضی نماید، در اینصورت قاضی به تعجیل و تأخیر میبیند هرکدام را اگر صلاح دید به آن حکم مینماید.^{۶۴} به این توضیح که قاضی به قضیه میبیند که تجزیه و تحلیل در بازار به تنقیص رأس المال نمی‌انجامد از اینرو به تقسیم عاجل حکم مینماید و اگر ببیند که تعجیل به ضرر رأس المال است پس میتواند که تقسیم را به تأخیر اندازد.

^{۶۲} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۷

^{۶۳} - اخرجہ البیهقی فی السنن ج ۲ ص ۳۸۷ من حدیث علی بن ابی طالب.

^{۶۴} - التاج الاکلیل ج ۵ ص ۳۶۶

سوم: بنزد مذهب شافعی:

بنزد مذهب شوافع دو قول وجود دارد:

- ۱- تمام مال از رب المال است، مضارب حصه خویش را از ربح مالک نمیشود مگر به تقسیم، و اگر حصه خویش را مالک شود در اینصورت شریک با رب المال میشود، و زمانیکه کدام چیزی از مال هلاک شود مال هر دو طرف محسوب میگردد.
 - ۲- مضارب حصه خویش را از ربح مستحق میشود، زیرا او از یکی از قرض گیرندگان است، پس مستحق حصه خویش از ربح با ظاهر شدن آن میگردد مانند رب المال.^{۶۵}
- قول اول مذهب شافعی در ظاهر مذهب است و مقارن به مذهب حنفی است مانند مذهب حنفی مضارب مالک ربح مضاربت نمیشود مگر به تقسیم، با تفاوت اینکه در قول دوم مضارب صرف با ظاهر شدن ربح مالک سهم خویش دانسته میشود.

چهارم: بنزد مذهب حنبلی:

زمانیکه در مضاربت ربح ظاهر گردد برای مضارب جواز ندارد گرفتن چیزی از ربح مال، مگر به اجازه رب المال، اما در مورد اینکه آیا مضارب حصه خویش را قبل از تقسیم مالک میشود در مورد بنزد مذهب حنابله دو قول وجود دارد:

- ۱- مضارب به مجرد ظاهر شدن ربح در مال مضاربت مالک میشود، این قول در مذهب حنابله در کتاب قواعد فقهی، مذهب مشهور حنبلی دانسته شده است، و همچنان در کتاب المغنی این قول را ظاهر المذهب حنبلی دانسته است.
- ۲- مضارب مالک سهم خویش نمیگردد مگر به تقسیم نه به مجرد ظاهر شدن ربح در مال مضاربت.
- ۳- همچنان قول سوم نیز از مذهب حنبلی روایت شده است، مضارب مالک سهم خویش در ربح نمیگردد مگر به محاسبه، تجزیه، تصفیه و فسخ قبل از تقسیم و یا هم قبض و در تصرف آوردن ربح.^{۶۶}

۹- مقارنه:

^{۶۵} - المذهب للشیرازی ج ۱ ص ۳۸۷

^{۶۶} - الإنصاف للماوردي ج ۵ ص ۴۴۵ - ۴۴۶

در دیدگاه های فوق مذهب حنفی، مذهب مالکی قول اول مذهب شافعی و قول دوم مذهب حنابله ضمناً موافق اند به این توضیح که مضارب مالک سهم خویش نمیگردد بمجرد ظهور ربح مگر اینکه ربح تقسیم، تجزیه، تصفیه نشود که هرکدام از دیدگاه های مختلف موضوع را ارایه داشته اند.

برخلاف دیدگاه دوم مذهب شافعی و دیدگاه اول مذهب حنابله که ظاهر المذهب خوانده شده است توضیح داشته اند که بمجرد ظهور ربح، مضارب مالک حصه خویش میگردد.

دیدگاه اول راجح بنا بر عدم ضرر به رب المال و تحقق عدالت است، همچنان قبل از تقسیم، تجزیه و تصفیه حصه جدا نمودن مصارف و نفقه ممکن تغییر در سهم و حصه وارد گردد از اینرو دقیق تر زمانی سهم هرکدام از طرفین معین میگردد که تقسیم صورت گیرد و همچنان دلیل احناف راجح تر است بر اینکه هرگاه رأس المال تلف و یا کم گردد تکمیل از ربح قبل از تقسیم و تسلیمی عادلانه عرض جلوگیری از ضرر به رب المال است.

جزء دوم: آثار مضاربت فاسده:

بالای مضاربت فاسده کدام آثار مانند مضاربت صحیح از جمله نفقه و ربح مسمی لازم نمی گردد، لیکن در صورت انجام عمل اجر مثل برای مضارب لازم میگردد، اگر در مضاربت ربح و فایده صورت گرفته باشد و یا خیر؟ زیرا مضاربت فاسده مانند اجاره فاسده است در اجاره فاسده نیز اجیر مستحق نفقه و اجر مسمی نمیگردد بلکه صرف اجرت مثل را مستحق میگردد، در مضاربت فاسده تمام ربح حق و ملکیت رب المال میگردد، زیرا ربح رشد و توسعه مال او است.^{۶۷}

قانون مدنی افغانستان نیز در ضمن حکم ماده (۱۲۷۲) خویش تصریح میدارد که مضارب در صورت فساد یا بطلان مضاربت سرمایه به رب المال تعلق میگیرد و مضارب مستحق اجرت مثل میگردد:

(در صورت بطلان مضاربت، مفاد به صاحب سرمایه تعلق گرفته مضارب اجر مثل را مستحق میشود، مشروط بر اینکه اجر مثل از اجوره تعیین شده تجاوز نکند. در حالیکه مفاد موجود نباشد، مضارب مستحق اجور شناخته نمی شود).

^{۶۷} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۸

در دیدگاه فوق فقهی و قانونی ذکر از اجرت مثل به مضارب تذکر یافته است سوال اینجاست که تعیین اجرت مثل چگونه باید تعیین گردد.

جواب این سوال را میتوان به معیار تعیین اجرت در بازار براساس عرف همان زمان و مکان تعیین نمود، یعنی میتوان مقداری را تعیین نمود که بین تجار در بازار برای اجیر در اجرت روزمره، یا ماهانه تعیین گردیده باشد.

مطلب ششم: اقسام مضاربت:

مضاربت عقد است مانند وکالت در معاملات، زیرا مضارب وکیل برای انعقاد عقود به نیابت از رب المال منحیث مؤکل میباشد، از اینرو مضاربت مانند وکالت به مضاربت مطلق و مقید تقسیم میگردد:

۱- مضاربت مطلق:

مضاربت مطلق عبارت از مضاربت است که رب المال برای مضارب رأس المال را برای مضاربت میدهد بدون اینکه عمل، مکان، زمان و صفت عمل را که با کدام شخص عقد مضاربت را منعقد نماید قید نموده باشد.^{۶۸} مجله الاحکام در ضمن ماده (۱۴۰۷) خویش مضاربت را با پیروی از کتب فقه حنفی مانند تعریف فوق چنین معرفی میدارد:

(مضاربت مطلق عبارت از عقد است که در آن زمان، مکان، نوع تجارت، بایع و مشتری تعیین نمیگردد، در صورتیکه هرکدام از موارد متذکره قید گردد در اینصورت مضاربت مقید میباشد، مانند اینکه گفته شود در فلان وقت، فلان مکان، با فلانی شخص عقد را انجام دهید).

قانون مدنی افغانستان مضاربت مطلق را در ضمن ماده (۱۲۶۷) مانند تعریف فقهی فوق چنین تعریف نموده است:

(مضاربت مطلق آنست که بزمان، مکان و نوع معامله مقید نبوده، بایع و مشتری در آن تعیین نشده باشند. مضاربت مقید، آنست که بیکی از قیود متذکره فقره فوق، مقید شده باشد).

^{۶۸} - بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۸۷

۲- مضاربت مقید:

مضاربت مقید بر خلاف مضاربت مطلق عبارت از عقد است که در آن، مکان، زمان، نوع معامله، بایع و مشتری تعیین شده باشد.

مضارب نمیتواند در مضاربت مقید خارج از حدود که رب المال تعیین نموده مضاربت نماید، در صورتی که خارج از حدود صلاحیت تعیین شده مضاربت نماید، مضاربت فاسد و در صورت ضرر به رأس المال مضارب ضامن شناخته میشود.

مطلب هفتم: نحوه حل اختلافات در عقد مضاربت:

در برخی اوقات امکان دارد که بین رب المال و مضارب اختلاف واقع گردد برای نحوه بی حل اختلاف بین آنها را فقها حل نموده که اختلاف رب المال و مضارب بیشتر در عموم و خصوص، در اندازه رأس المال، در اصل مضاربت، در خریداری مضاربت برای خودش، در منع بعد از اجازه مضاربت، در صحت و فساد مضاربت، در تلف شدن رأس المال، در ربح حاصل شده، در اندازه مشروط از ربح، در رأس المال، که قرار ذیل هرنوع آن به تفصیل بحث میگردد:

اول: اختلاف رب امال و مضارب در عموم و خصوص مضاربت:

در اینوع اختلاف موارد ذیل قابل بحث است:

أ) اگر اختلاف بین رب المال و مضارب در عموم و خصوص مضاربت بوجود آید به اینگونه که مضارب دعوی نماید که مضاربت عمومی را در هرنوع تجارت به او داده است و رب المال دعوی نماید در خصوص مضاربت در اینصورت قول مضارب معتبر است.

ب) اگر مضارب و رب المال اختلاف نمایند در مورد اینکه مضارب ادعا نماید که رأس المال را برای رب المال اعطاء نموده به ربح مساوی (نصف) و ذکر نموده خریداری چیزی را، لیکن رب المال ادعا نماید که من برای مضارب اجازه داده ام بطور مثال که در خشکه مضاربت نماید و یا هم در طعام مضاربت نماید در این حالت هرگاه قبل از تصرف باشد دعوی رب المال درست است و اگر این

اختلاف بعد از تصرف باشد در اینصورت دعوی مضارب درست است همراه با سوگند مضارب استحساناً و بالای رب المال اقامه بینه (شهود) لازم است.

ج) اگر رب المال دعوی عموم را نماید بر خلاف مورد اول زیرا در آنجا مضارب دعوی عموم را مینمود در اینصورت دعوی رب المال قابل قبول است، قیاساً و استحساناً.^{۶۹}

دوم: اختلاف رب المال و مضارب در اندازه رأس المال:

در صورت که رب المال و مضارب در اندازه رأس المال اختلاف نمایند به این توضیح که مضارب بگوید برای من یک هزار افغانی رأس المال تسلیم شده و یک هزار افغانی ربح و فایده نموده ام، در حالیکه رب المال بگوید من برای مضارب دو هزار تسلیم نموده ام در اینصورت قول مضارب درست است، زیرا قول در مقدار رأس المال مقبوض شده برای قابض (مضارب) است بخاطریکه او در عقد مضاربت امین است.

همچنان اگر اختلاف در مقدار ربح و فایده باشد در اینصورت قول رب المال معتبر است، زیرا رب المال استفاده کننده ربح و فایده است از یک جهت، و اگر هرکدام از رب المال و مضارب اقامه بینه (شهود) نمودند، بینه آنها برای اثبات قبول میگردد و اگر هر دو یکجا اقامه بینه نمودند در اینصورت بینه رب المال در دعوی قابل سمع است زیرا رب المال زیادت را در رأس المال دعوی دارد و همچنان بینه مضارب در دعوی نیز قابل سمع است زیرا مضارب زیادت در ربح را دعوی دارد، هر دو طرف در این مسئله ادعای اثبات را دارند پس بینه رب المال در اثبات زیادت رأس المال و بینه مضارب در اثبات زیادت ربح قابل سمع میباشد.^{۷۰}

سوم: اختلاف رب المال و مضارب در اصل مضاربت:

در مورد اختلاف رب المال و مضارب در اصل مضاربت طی موارد و فرضیه های ذیل قابل بحث است:

۱- هرگاه اختلاف در رأس المال به مضاربت یا قرض باشد:

در این صورت مسئله هرگاه رب المال بگوید که مال را برای مضاربت برای مضارب تسلیم نموده ام و مضارب ادعا نماید که مال را برایش به قرض داده است و فایده آن نیز مربوط او میشود، در اینصورت قول رب المال معتبر است، زیرا مضارب ادعای تملیک را علیه رب المال دارد در حالیکه رب المال منکر است.

^{۶۹} - فتاوی هندیة ج ۴ ص ۳۲۳

^{۷۰} - الد المختار ورد المختار ج ۴ ص ۴۹۲

و اگر هردو طرف بینه اقامه نمودند، در اینصورت بینه مضارب معتبر است زیرا مضارب اثبات مالکیت را برای خودش دارد و همچنان بینه هردو طرف نفی شده نمیتواند زیرا امکان دارد که بینه رب المال درست باشد که در ابتداء مال را به مضاربت داده باشد و بعد آنرا قرض نموده باشد.

و هرگاه برعکس صورت مسئله فوق مضارب بگوید که مال را برای من به مضاربت داده است و رب المال بگوید که نخیر من مال به قرض داده ام در اینصورت قول مضارب معتبر است، زیرا هردو طرف به این اتفاق دارند که مال به اجازه رب المال تسلیم شده است و رب المال ادعای ضمان (گرامت) را بالای مضارب دارد و مضارب منکر میباشد، و اگر هردو طرف بینه اقامه نمودند، بینه رب المال معتبر است، زیرا رب المال اصل گرامت را ثابت مینماید.^{۷۱}

۲- هرگاه اختلاف در رأس المال به مضاربت یا کالا تجارتي باشد:

صورت مسئله طوری است که هرگاه رب المال بگوید که این مال را به تجارت تسلیم دادم و مضارب بگوید که به مضاربت بطور مناصفه داده است، در اینصورت قول رب المال معتبر است.

و اگر مضارب بگوید که این مال را برایم به قرض داده و ربح آن مربوط من میشود و رب المال بگوید که این مال را برایت تسلیم نمودم غرض تجارت در اینصورت نیز قول رب المال معتبر است، زیرا مضارب دعوای تمیلک را بالای رب المال دارد و رب المال از آن منکر است، و اگر هردو طرف بینه اقامه نمودند در اینصورت بینه مضارب معتبر است.^{۷۲}

۳- هرگاه اختلاف در رأس المال به مضاربت یا غصب باشد:

صورت مسئله طوری است که اگر مضارب بگوید مال را برایم رب المال غرض مضاربت تسلیم نموده است و مال حالا قبل از مضاربت ضایع شده است و رب المال بگوید که این مال را از من غصب نموده است، در این صورت گرامت بالای مضارب نیست زیرا مضارب اقرار به چیزی ننموده است تا موجب و سبب گرامت بالای او گردد، بدین اساس مضارب به تسلیم مال از جانب رب المال به غیر از موجب گرامت اقرار نموده است، در حالیکه رب المال ادعای غصب موجب گرامت را دارد و مضارب منکر است.

^{۷۱} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۱۰

^{۷۲} - مرجع فوق ج ۶ ص ۱۱۰

هرگاه در صورت مسئله فوق مضارب بعد از عمل مضاربت مال از نزدش ضایع شود در اینصورت ضامن است، زیرا عمل او در مال غیر سبب و موجب غرامت می‌گردد تا زمانیکه اذن و اجازه مالک مال ثابت نگردد و اگر هردو طرف بینه اقامه نمودند، در اینصورت بینه مضارب معتبر است در هردو حالت فوق.^{۷۳}

چهارم: اختلاف رب المال و مضارب در خریداری مضاربت و یا مضارب برای خودش:

در صورتیکه رب المال برای مضارب یکهزار افغانی پول پرداخت نمود بغرض مضاربت ربح مساوی، مضارب امتعه را به یک هزار افغانی خریداری نموده باشد و در زمان خریداری این را بیان ننمود که این خریداری را برای مضاربت نموده است و زمانیکه مبیعه را قبض نماید در این وقت بیان دارد که من در زمان خریداری نیت نموده بودم تا برای مضاربت آنرا خریداری نمایم در این حالت رب المال او را تکذیب کند و بگوید که این امتعه را مضارب برای خود خریداری نموده است.

در صورت مسئله مذکور چهار حالت قرار ذیل قابل بیان است:

- ۱- اینکه مال مضاربت و امتعه خریداری شده در زمان اقرار مضارب به حال خود باقی باشد، مال مضاربت و امتعه هلاک نگردیده باشد، در اینصورت قول مضارب همراه با سوگند او مدار اعتبار است و اگر مال مضاربت در دست مضارب قبل از تسلیم به بایع هلاک شده باشد در اینصورت مضارب میتواند مراجعه به رب المال نماید و ثمن (قیمت مبیعه) را از رب المال گرفته و به بائع تسلیم نماید.
- ۲- و یا اینکه هردو (مال مضاربت و امتعه) هلاک گردیده باشند، در اینصورت تصدیق مضارب بدون اقامه بینه درست نیست، در این حالت مضارب ضامن بایع در سپردن یکهزار افغانی بدل مبیعه میباشد در چنین حالت مضارب حق رجوع را بالای رب المال ندارد.
- ۳- و یا اینکه امتعه به حال خود باقی مانده لیکن مال مضاربت هلاک شده باشد، در اینصورت نیز مانند مورد دوم منازعه حل میگردد.
- ۴- و یا اینکه مال مضاربت به حال خود باقی لیکن امتعه هلاک شده باشد، در اینصورت اگر مضارب تصدیق کرد آنچه در دست اش است از رأس المال مضاربت است باید آنرا به بائع تسلیم کند و اگر

^{۷۳} - المبسوط ج ۲۲ ص ۹۴

هلاک شده باشد رأس المال در دست مضارب در اینصورت حق مراجعه را بالای رب المال دارد زیرا تصدیق قول رب المال را ننموده است.^{۷۴}

پنجم: اختلاف رب المال و مضارب در منع بعد از اجازه مضاربت:

در صورتیکه رب المال به مضارب بگوید من تو را منع نموده بودم از خریداری فلان شی، و مضارب بگوید که من را منع ننموده بودید، در این حالت قول مضارب معتبر است زیرا بالای مضارب از جانب رب المال دعوای خیانت شده است.^{۷۵}

ششم: اختلاف رب المال و مضارب در صحت و فساد مضاربت:

در صورتیکه مضارب دعوای فساد مضاربت را نماید در اینصورت قول رب المال معتبر است و هرگاه رب المال دعوای فساد مضاربت را نماید در اینصورت قول مضارب معتبر است.^{۷۶}

هفتم: اختلاف رب المال و مضارب در تلف شدن رأس المال:

در صورتیکه اختلاف بین رب المال و مضارب در تلف شدن رأس المال بوجود آید، به این توضیح که مضارب ادعا تلف شدن مال را نماید و رب المال او را تکذیب نماید، در اینصورت قول مضارب معتبر است، زیرا مضارب در عقد مضاربت امین است و اصل عدم خیانت امین در مال امانت است.^{۷۷}

هشتم: اختلاف رب المال و مضارب در ربح حاصل شده:

در صورتیکه مضارب غلط نموده باشد در اقرار مقدار ربح و فایده مثلاً مضارب بگوید که یک هزار افغانی فایده نموده ام و باز ادعا کند که او غلط نموده است و یا بگوید که از ترس اینکه مبادا رب المال، مال را از نزدش بگیرد در اینصورت قول مضارب معتبر نیست، زیرا رجوع او از اقرار بمال برای غیر از خودش است.^{۷۸}

^{۷۴} - الفتاوی الهندیة ج ۴ ص ۳۲۲

^{۷۵} - روضة القضاء ج ۲ ص ۵۹۶

^{۷۶} - الإشباه و النضائر لابن نجیم ص ۲۶۲

^{۷۷} - روضة القضاء للسمنانی ج ۲ ص ۵۹۳

^{۷۸} - مرجع فوق ج ۲ ص ۵۹۳

نهم: اختلاف رب المال و مضارب در اندازه مشروط از ربح:

در صورتیکه رب المال و مضارب در جزء از ربح و فایده مشروط اختلاف نمایند به این طور که مضارب ادعای نصف را نماید و رب المال بگوید که به ثلث ربح توافق نموده اند در اینصورت قول رب المال معتبر است و اگر هردو طرف بینه اقامه نمایند در اینصورت بینه مضارب معتبر است.^{۷۹}

دهم: اختلاف رب المال و مضارب در رأس المال:

در صورتیکه رب المال و مضارب در رد رأس المال به رب المال و عدم رد آن اختلاف نماید در اینصورت قول مضارب مدار اعتبار است.^{۸۰}

مطلب هشتم: فسخ عقد مضاربت:

عقد مضاربت از جمله عقود جائز غیر لازم و استمراری است در جریان استمرار خویش به یکی از اسباب که در فقه وقانون ذکر گردیده است فسخ میگردد، اسباب که عقد مضاربت به وسیله آن فسخ میگردد عبارت اند از:

فوت رب المال و یا مضارب، فقدان و نقصان اهلیت طرفین، فسخ مضاربت از جانب طرفین به اراده خودشان، تلف شدن رأس المال، استرداد رأس المال از جانب رب المال.

که هرکدام از موارد و اسباب فسخ عقد مضاربت قرار ذیل مورد بحث گرفته میشود:

اول: فوت رب المال و یا مضارب:

در مورد فوت رب المال و یا مضارب فقهاء دو دیدگاه دارند:

^{۷۹} - روضة القضاء للسمنانی ج ۲ ص ۵۹۴

^{۸۰} - مرجع فوق ج ۲ ص ۵۹۴

۱- بنزد جمهور (احناف، شوافع و حنابله):

بنزد جمهور مضاربت فسخ میگردد به فوت رب المال و یا مضارب، زیرا عقد مضاربت مانند عقد وکالت است، چنانچه در عقد وکالت فوت وکیل و یا مؤکل عقد را فسخ میسازد همچنان مضاربت نیز به فوت یکی از طرفین عقد فسخ میگردد.

اگر مال مضاربت متاع بود لازم است بفروش برسد تا پول آن تجزیه و تقسیم گردد.^{۸۱}

مجلة الاحکام در ضمن ماده (۱۴۲۹) تصریح میدارد:

(در صورتیکه رب المال و یا مضارب فوت نماید و یا مجنون مطبق " کامل " شود مضاربت فسخ میگردد).

در ضمن ماده (۱۲۷۹) قانون مدنی افغانستان نیز مضاربت را با فوت یکی از طرفین به دیدگاهی جمهور فقهاء قابل فسخ دانسته و چنین تصریح میدارد:

(مضاربت، با ختم مدت متذکره عقد، یا موت یکی از طرفین و یا از بین رفتن اهلیت، مضاربت خاتمه می یابد).

۲- بنزد مذهب مالکی:

هرگاه مضارب در عقد مضاربت قبل از تجزیه و تقسیم رأس المال فوت نماید، لازم است به وارث امین مضارب مراجعه گردد تا تکمیل کند عمل مضاربت را در حکم مورث خود، بفروش برساند باقی مانده مال مضاربت را و بگیرد حصه ربح مورث خود را در اینصورت عقد مضاربت فسخ نمیگردد به فوت مضارب، بر بنای قاعده فقهی به خفیف ترین ضرر باید عمل شود که ضرر کلان برای ورثه فسخ و برای رب المال خفیف ابقای عقد میباشد.

در صورتیکه رب المال فوت نماید و مال در دست مضارب باشد بعد از مرگ رب المال مضارب نباید عمل مضاربت را انجام دهد.^{۸۲}

^{۸۱} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۱۲ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۱۹ / کشاف القناع ج ۳ ص ۵۲۲

^{۸۲} - المدونة ج ۵ ص ۱۲۸ و ۱۳۰

دوم: فقدان و نقصان اهلیت طرفین:

عقد مضاربت در صورت فقدان اهلیت و یا نقصان اهلیت فسخ میگردد.

فقدان اهلیت حالت است که برای یکی از طرفین عقد در جریان عقد عارضه مانند جنون (دیوانگی) رخ میدهد که به این سبب اهلیت رب المال و یا مضارب فاقد میگردد از اینرو در فقه و قانون بنام فقدان اهلیت نامیده میشود.

نقصان اهلیت عبارت از حالت است که اهلیت طرفین فاقد نمیگردد بلکه نقص و کمبودی در اهلیت آنها بنا بر عوامل رونما میگردد مانند مفلس شدن در این حالت اهلیت طرفین فاقد نگردیده بلکه نقصان بسبب افلاس رونما گردیده و یا سفی شدن است که شخص نفع و ضرر خود را نمیداند و مال خویش را در جای غیر مقصود و بیجا مصرف مینماید که محکمه ذیصلاح بنا بر مصلحت ذریعه قرار او را در معاملات منع و تحت حجر قرار میدهد.

۱- فسخ مضاربت بسبب جنون:

فقهاء تصریح میدارند که جنون منطبق (کامل) یکی از طرفین عقد سبب فسخ عقد مضاربت میگردد، زیرا اهلیت امر

برای آمر که رب المال است از بین میرود و اهلیت تصرف برای مامور که مضارب است از بین میرود^{۸۳}

مجلة الاحکام در ضمن ماده (۱۴۲۹) و قانون مدنی افغانستان در ضمن ماده (۱۲۷۹) که قبلاً ذکر گردیده است جنون

را سبب فسخ عقد مضاربت دانسته است.

^{۸۳} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۱۲ / نهایة المحتاج ج ۵ ص ۲۳۷ / کشاف القناع ج ۳ ص ۵۲۲

۲- فسخ مضاربت بسبب حجر:

حجر سبب فسخ عقد مضاربت میگردد.^{۸۴} زیرا محجور نمیتواند بنابر حکم محکمه معاملات را انجام دهد، چون عقد مضاربت از جانب رب المال با مضارب عقد و معامله است، بنابر نقصان اهلیت رب المال تداوم آن ممکن نیست و قابل فسخ دانسته میشود و همچنان هرگاه حجر مضارب از جانب محکمه صورت گیرد، مضارب نمیتواند عقود و معاملات را برای توسعه مال مضاربت که هدف عقد مضاربت است انجام دهد به این لحاظ عقد مضاربت قابل دوام دانسته نمیشود و فسخ میگردد.

سوم: فسخ مضاربت از جانب طرفین به اراده خودشان:

عقد مضاربت از جمله عقود جائز و غیر لازم است هرکدام از طرفین (رب المال و یا هم مضارب) میتوانند عقد را فسخ نمایند، مشروط بر اینکه جانب مقابل از فسخ باخبر گردد.^{۸۵}

فسخ عقد مضاربت میتواند شده به اراده منفرد از جانب یکطرف فسخ گردد و یا هم از هر دو جانب به توافق فسخ گردد چون قبلاً ذکر نمودیم که عقد مضاربت از جمله عقود جائز غیر لازم است هرگاه از یک جانب فسخ گردد رضایت جانب مقابل در قبولی فسخ عقد شرط دانسته نمیشود.

چهارم: تلف شدن رأس المال:

در صورتیکه رأس المال در مضاربت در دست مضارب قبل از اینکه چیزی خریداری نماید تلف و یا هلاک شود در اینصورت مضاربت فسخ میگردد، زیرا مال هلاک شده برای مضاربت به قبض از جانب مضارب تعیین شده بود از اینرو عقد مضاربت فسخ میگردد مانند اینکه در عقد ودیعت به هلاکت و یا تلف شدن مال ودیعه عقد فسخ میگردد.

و اگر بعد از خریداری چیزی، مال مضاربت تلف گردد چنانچه اگر مال مضاربت یکهزار افغانی باشد و بواسطه مضارب امتعه را خریداری نموده و پول را نقداً به بائع نداده باشد و یکهزار افغانی تلف گردد در اینصورت امتعه در عقد مضاربت داخل میگردد و رب المال باید یکهزار افغانی را به بائع تسلیم نماید.^{۸۶}

^{۸۴} - الدر المختار ج ۴ ص ۴۸۹

^{۸۵} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۰۹

^{۸۶} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۱۳

پنجم: استرداد رأس المال از جانب رب المال:

این صورت مسئله از دو حالت ذیل خالی نیست:

۱- در صورتیکه تمام و یا برخی از رأس المال از جانب مضارب به رب المال دفع و تسلیم گردد در اینصورت مضاربت فسخ نمیگردد.

۲- در صورتیکه رأس المال از جانب رب المال از مضارب مسترد گردد و یا بدون اجازه مضارب از جانب رب المال بفروش برسد و یا خریداری گردد در صورتیکه رأس المال پول نقد باشد در اینصورت مضاربت فسخ میگردد، زیرا خود رب المال معامله گر خرید و فروش گردیده است.^{۸۷}

مطلب نهم: جنبه تطبیقی عقد مضاربت در بانکداری اسلامی:

در بانکداری اسلامی عقد مضاربت از جمله مهمترین عقد محسوب میگردد که بانک میتواند در این عقد منحیث مضارب (عامل) و یا هم منحیث رب المال عقد مضاربت را منعقد نماید به این توضیح:

در صورت که یکطرف عقد مضاربت بانک مضارب و عامل باشد، سرمایه را از اشخاص گرفته در حسابات بانکی بدون ربا فضل و نسیئه شامل ساخته در صورت نفع برای هرکدام از رب المال به اندازه سرمایه شان ربح (نفع) را براساس توافق قرارداد تسلیم مینماید.

و یا اینکه بانک منحیث رب المال مضاربت را با اشخاص صاحب فن و مسلک تجارت و یا سایر امور در عرصهٔ زراعت، تولید امتعه در فابریکات و دستگاه های صنعتی منعقد مینماید و به آنها سرمایه منحیث رب المال میدهد تا آنها منحیث مضارب، تجارت، زراعت، تولید صنعت در فابریکات و دستگاه ها نموده و بانک در ربح (نفع) به اندازهٔ توافق شده شریک میباشد.

بانک در نوع اول فوق منحیث مضارب پول و سرمایه جمع نموده و میتواند در اینصورت بنیه اسعاری خویش را افزایش دهد و توسط آن معاملات مشروع را غرض رشد سرمایه انجام دهد.

^{۸۷} - رد المحتار علی الدر المختار ج ۴ ص ۴۹۰

با نوع دوم فوق سرمایه خویش را بطور مشروع و طریقه شرعی غرض رشد سرمایه منحیت رب المال بکار انداخته ربح و نفع خویش از طریق مضاربت بدست میاورد که به این طریق بانک و مضارب هر دو از طریق مشروع ربح بدست آورده و از عقود ربوی و قمار که در بانک های متعارف معمول است، جلوگیری میگردد.

بدون شک عقد مضاربت به مراتب نسبت به ربا خویشتر و اقتصادی است در عقد مضاربت تضمین سرمایه و نفع هر دو صورت گرفته میتواند، زیرا رب المال هرگاه شخص باشد هیچ گاهی پول خویش را به بانک به مضاربت نمیدهد تا آن بانک دارای شهرت خوب تجارتي نباشد و همچنان بانک نیز سرمایه و پول خویش به شرکت تجارتي، فابریکه و دستگاهی نمیدهد که تا ارزیابی تخصص و فن او را در عمل مضاربت برای خویش ثابت ننماید، از اینرو رب المال اگر شخص باشد و یا بانک کوشش مینماید تا اطمینان نفع را در تخصص و مهارت مضارب دریابد و بعد پول خویش را بعقد مضاربت تسلیم مضارب مینماید.

از سوی هم مضارب چون در نفع به اندازه توافقی شده شامل و شریک است بنابراین کوشش مینماید تا نفع را بدست آورده اطمینان رب المال را کسب نماید، تا مبادا رب المال در صورت نقصان و یا ربح کمتر عقد را فسخ ننماید.

در هر دو حالت فوق تجارت براساس اعتماد صورت میگیرد، در عقد مضاربت بیشتر اعتماد معتبر میباشد، تا زمانیکه رب المال درک ننماید که در مضارب قوت، درایت و علمیت مضاربت وجود دارد هرگز عقد را منعقد نمی نماید.

در عصر فعلی فابریکات، مزرعه های کشت انواع نباتات که از آن نفع بیشتر بدست آورده میشود، همچنان دستگاه های تولید اجناس و البسه های مختلف غرض تمویل مواد خام و ماشین آلات ضرورت به پول و سرمایه دارند که این پول و سرمایه را برای آنها رب المال میتواند تهیه و تسلیم نموده و در نفع تولید آن به اندازه توافقی شده سهیم و شریک شود.

مطلب دهم: قرارداد مضاربت:

قرارداد کتبی در انعقاد عقود تضمین برای جلوگیری از منارعه و مناقشه آینده در صورت اختلاف میباشد، زیرا تمام شروط و خصوصیات معامله در متن قرار داد انعکاس میابد در عصر فعلی قرارداد نویسی در انعقاد عقود، معاملات و قرار داد های کوچک و بزرگ منحیث اصل خصوصاً در معاملات تجارتي رسمیت یافته است قوانین موضوعه در مورد متن قرار داد موارد را تصریح داشته تا متن قرار داد با پیروی از ارکان و شروط عقد پیروی نموده و یک قرارداد موزون، حقوقی و قانونی ترتیب گردد، حتی قرار داد نویسی منحیث یک تخصص مسلکی در رشته حقوق در عصر فعلی عرض وجود نموده است، اشخاص حقوقدان دارای تبحر در این رشته قرار داد های حقوقی را برای طرفین عقد ترتیب و طرفین بعد از امضاء مکلف به تطبیق آثار آن میگردند.

در احکام شریعت اسلامی کتابت عقد و قرارداد مجاز و برای توثیق آن بهتر دانسته شده است الله تبارک و تعالی در قرانکریم میفرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينٍ إِلَىٰ آجَلٍ مَّسْمًى فَآكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)^{۸۸}

ای کسانی که ایمان آورده اید، هر گاه به قرضی تا زمان معین، با یکدیگر معامله کردید، آن را بنویسید، و باید نویسنده ای (صورت معامله را) بر اساس عدالت میان شما بنویسد و هیچ نویسنده ای نباید از نوشتن خود داری کند، همان گونه به شکرانه آن که خدا او را آموزش داده است. و کسی که قرضدار است باید بنویسد و از خدا که پروردگار اوست ترس نماید، و از آن، چیزی کم ننماید، پس اگر کسی که حق بر ذمه اوست، سفیه یا ناتوان است، یا خود نمی تواند املا کند، پس ولی او باید با رعایت عدالت، املا نماید. و دو شاهد از مردانتان را به

^{۸۸} - قرانکریم (سوره البقرة / ۲۸۲)

شهادت طلبید، پس اگر دو مرد نبودند، مردی را با دو زن، از میان شاهدان که (به عدالت آنان) رضایت دارید شاهد بگیرید، تا اگر یکی از آن دو (زن) فراموش کرد، (زن) دیگر، وی را یادآوری کند، و چون شاهدان احضار شوند، نباید از شهادت خودداری ورزند. و از نوشتن قرض چی کوچک باشد و یا بزرگ، ملول نشوید، تا زمان آن فرا رسد، این نوشتن شما، نزد خدا عادلانه تر، و برای شهادت استوارتر، و برای اینکه دچار شک نشوید به احتیاط نزدیکتر است، مگر آنکه داد و ستدی نقدی باشد که آن را میان خود دست به دست برگزار می کنید، در این صورت، بر شما گناهی نیست که آن را ننویسید. و در هر حال هر گاه داد و ستد کردید شاهد بگیرید. و هیچ نویسنده و شاهد نباید زیان ببیند، و اگر چنین کنید، از نافرمانی شما خواهد بود. و از خدا ترس کنید، و خدا بدین گونه به شما آموزش می دهد، و خدا به هر چیزی داناست.

وجه دلالت: حکم الهی فوق خطاب برای مسلمانان است هرگاه عقد دین را بین هم منعقد مینماید باید مکتوب و تحریر نماید که در حقیقت عقود و قراردادها نیز بنا بر وجوب و ذمه جانبین عقد برای یکدیگر در حکم دین است، عاقدین در عقود مدیون یکدیگر براساس تعهد که بسته اند میباشند، بایع برای مشتری ذمه دارد و مدیون است تا مبیعه را براساس تعهد که بسته است تسلیم نماید و در مقابل مشتری براساس تعهد خویش مدیون است تا ثمن مبیعه را به بائع تسلیم نموده و ذمه خویش را مبری سازد بنابراین در نص فوق کتابت قرار داد از نظر شرعی ثابت میگردد و همچنان کاتب را حکم فوق الهی مکلف نموده است تا کتابت عقد را براساس عدالت تحریر دارد و آنچه که الله تبارک و تعالی به او از علم کتابت عقود ارزانی نموده است شکران نموده و آنرا به راهی درست استفاده و استعمال نماید، کسانیکه نمیدانند و یا اهلیت ندارند ولی، وصی و قیم آنها باید عقود را براساس عدالت تحریر دارند، در انعقاد عقود کوچک تحریر آنها مباح و اختیاری دانسته شده است.

همچنان در تمام احکام که در نص متذکره ذکر گردیده است، الله متعال بندگان مسلمان خود را به تقوی و ترس از خدا دعوت نموده است، بنابراین ثابت است هرگاه کاتب و قرارداد نویس که عقد را در بین طرفین تحریر میدارد معیار بنزد آنها باید عدالت و تقوی باشد.

فقههای اسلامی برای انعقاد عقود ارکان و شروط گذاشته است که قبلا در این کتاب از آن بحث شد، در عقود بانکداری اسلامی بخاطر اینکه کتبان صورت نگیرد، فریب و تدلیس منتفی گردد، در آینده دعوی و نزاع موجود نگردد، در تمام عقود بانکداری اسلامی که ما در زمره بحث آن استیم لازم است تا بطور تحریری انعقاد گردد،

قوانین موضوعه نیز به این نکته تمرکز دارد چنانچه ماده (۱۲۲) قانون مدنی افغانستان در مورد شرکت ها (مضاربه، مشارکه، مباحه،) چنین تصریح میدارد:

(عقد شرکت باید تحریری باشد در غیر آن اعتبار ندارد، همچنان تعدیل وارده در عقد تازمانیکه شکل عقد تکمیل نشده باشد باطل شمرده می شود، شرکاء نمیتوانند بر این بطلان بالای شخص ثالث تمسک نمایند، این بطلان بین شرکاء نیز مدار اعتبار نیست، مگر از تاریخیکه شریک مطالبه حکم بطلان را نموده باشد).

قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال منقول افغانستان در ضمن فصل دوم خویش به عناصر اساسی قرار داد تحریری را تصریح میدارد که بیشتر در عناصر اساسی در یک قرار داد تحریری معاملات بانکداری اسلامی براساس احکام قانون متذکره و مسائل فقهی و حقوقی قرار ذیل بر شمرده میشود:

۱- عنوان قرارداد (نوعیت قرارداد)؛

۲- مبنای قرارداد؛

۳- شهرت طرفین قرارداد(اشخاص با صلاحیت)؛

۴- تعهد (ایجاب و قبول) بین طرفین قرارداد؛

۵- هدف قرارداد؛

۶- سبب قرارداد؛

۷- موضوع قرار داد (ذکر معقود علیه)

۸- مدت قرارداد؛

۹- تعیین ربح؛

۱۰- حقوق و وجایب طرفین قرارداد؛

۱۱- موارد فسخ قرارداد؛

۱۲- تعدیل قرارداد؛

۱۳- نظارت از اجرای قرارداد؛

۱۴- قانون حاکم بر قرارداد؛

۱۵- مرجع حل اختلافات احتمالی؛

۱۶- جبران خساره؛

۱۷- لسان قرارداد؛

۱۸- تأیید و تصدیق طرفین قرارداد.

تمام موارد فوق در همه انواع قرار داد های که در بانکداری اسلامی این کتاب بحث می‌گردد بطور تطبیقی به نمونه های نسبت به خصوصیات هر قرار داد اشاره می‌گردد.

حال میپردازیم به نمونه تطبیقی قرارداد عقد مضاربت با در نظر داشت موارد که در این عقد قبلاً بحث گردیده و چگونگی تحریر آن.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قرارداد مضاربت

تاریخ ثبت _____

شماره ثبت _____

مبنای قرارداد:

ماده اول:

این قرارداد براساس احکام فقه اسلامی و مواد (۱۲۶۱ - ۱۲۸۱) قانون مدنی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره (۳۵۳) سال ۱۳۵۵ هـ ش و فصل هفتم قانون بانکداری افغانستان منتشره جریده رسمی شماره (۱۱۹۷) سال ۱۳۹۴ هـ ش قرار ذیل منعقد میگردد:

اهداف قرارداد:

ماده دوم:

این قرارداد بمنظور رشد سرمایه رب المال غرض انعقاد معاملات غیر ربوی از جانب بانک/ شرکت طبق احکام شریعت اسلامی و قوانین نافذ افغانستان منعقد میگردد.

سبب قرارداد:

ماده سوم:

مقصد اصلی این قرارداد عقد مضاربت طبق احکام شریعت اسلامی میباشد، سبب عقد شرکت در نفع بین رب المال و مضارب طبق شروط این قرارداد میباشد.

طرفین قرارداد:

ماده چهارم:

عقد مضاربت فی ما بین ولد ولدیت دارای نمبر تذکره ساکن اصلی ساکن فعلی در حالیکه دارای اهلیت و تصرفات شرعی و قانون خویش بوده منحیث رب المال با بانک/ شرکت دفتر مرکزی واقع دفتر ساحوی واقع دارای جواز شماره از بانک مرکزی (دافغانستان بانک) منحیث مضارب تحت شرایط ذیل انعقاد میگردد:

اختصار:

ماده پنجم:

(۱) معامله بین طرفین در این قرار داد عقد مضاربت بوده، من بعد در این قرار داد بنام مضاربت یاد میگردد.
(۲) بانک / شرکت / اشخاص حقیقی یا حکمی در صورت که عامل باشند در این قرارداد من بعد بنام مضارب در صورت که عامل باشند یاد میگردد.

رأس المال در مضاربت:

ماده ششم:

(۱) رأس المال در این مضاربت مبلغ افغانی / دالر میباشد که از جانب رب المال به مضارب در قید رسید معتبر که به مهر و امضای مضارب رسیده باشد نقداً بعد از امضاء، ثبت و طی مراحل شکلی این قرارداد نقداً تسلیم میگردد.

(۲) فورم تسلیمی پول نقد که شروط فقره فوق در آن رعایت گردیده باشد ضمیمه این قرارداد میگردد.

موضوع مضاربت:

ماده هفتم:

مضارب میتواند هر نوع معاملات را که شریعت اسلامی و قوانین افغانستان مشروع دانسته غرض ربح و رشد سرمایه منعقد نماید / مضارب مکلف است تا در مضاربت عقود ذیل را منعقد نماید:

۱-

۲-

۳-

تبصره: این تبصره جزء قرارداد نبوده بخاطر وضاحت تحریر میگردد، هرگاه مضاربت مطلق باشد متن اول قبل از خط دش تحریر میگردد، در صورتیکه مضاربت مقید باشد متن دوم بعد از خط دش با ذکر موارد مضاربت مقید در قید شماره تحریر میگردد.

مدت قرارداد:

ماده هشتم:

این قرارداد از تاریخ الی قابل اعتبار بوده در صورت توافق طرفین قابل تمدید میباشد.

اندازه ربح (فایده):

ماده نهم:

(۱) رب المال و مضارب در ربح (فایده) مضاربت بطور منصفه / ثلث / ربع باهم شریک میباشند.
(۲) ربح بعد از تحلیل حسابی مشخص در هر ماه / ربع سال / سال کامل بین رب المال و مضارب تقسیم میگردد.

(۳) در صورتیکه در رأس المال خساره وارد گردد، قبل از تقسیم ربح از اندازه ربح رأس المال تکمیل میگردد.

حقوق رب المال:

ماده دهم:

رب المال بنابر تعهدات این عقد مضاربت دارای حقوق ذیل میباشد:

(۱) اخذ و قبض اندازه ربح فقره (۱) ماده نهم این قرار داد، و یا در صورت توافق ازدیاد ربح به اصل رأس المال.

(۲) هرگاه مضارب در زمان معینه فقره (۵) ماده نهم این قرارداد ربح را برای رب المال تسلیم ننماید، رب المال حق اعتراض را بالای مضارب به مراجع مربوطه دارد.

(۳) رب المال حق دارد تا قرارداد هذا را یکجانبه فسخ نماید.

(۴) رب المال حق دارد در صورت فسخ قرار داد مطابق فقره فوق این ماده، بعد از تصفیه رأس المال و ربح ناشی از این مضاربت را نقداً از جانب مضارب تسلیم شود.

(۵) رب المال حق دارد تا در صورت تعلل مضارب مبنی بر تصفیه بعد از فسخ قرارداد، در صورت خساره درخواست مطالبه آنرا علیه مضارب به مراجع مربوط تقدیم نماید.

وجایب رب المال:

ماده یازدهم:

رب المال بنابر تعهدات این عقد مضاربت دارای وجایب ذیل میباشد:

(۱) رب المال مکلف است بعد از امضای این قرارداد بلافاصله / مدت روز رأس المال را نقداً به مضارب تسلیم نماید.

(۲)

حقوق مضارب:

ماده دوازدهم:

مضارب، بنابر تعهدات این عقد مضاربت دارای حقوق ذیل میباشد:

(۱) رأس المال توافق شده مندرج فقره (۱) ماده ششم این قرارداد را بدون تأخیر طبق مدت توافق شده فقره (۱) ماده یازدهم این قرارداد نقداً از نزد رب المال تسلیم شود.

(۲) مضارب حق دارد تا معاملات را مطابق توافق مندرج ماده ششم این قرارداد غرض رشد سرمایه انجام دهد.

(۳) مضارب حق دارد تا سهم ربح خویش را طبق توافق فقره (۱ و ۲) ماده هفتم این قرارداد در صورت ربح بعد از تجزیه و تقسیم قبض نماید.

(۴) مضارب حق دارد تا قرارداد هذا را یکجانبه فسخ نماید.

(۵) مضارب میتواند رأس المال را غرض مضاربت به سایر اشخاص به مضاربت بدهد.

وجایب مضارب

ماده سیزدهم:

مضارب، بنابر تعهدات این عقد مضاربت دارای وجایب ذیل می باشد:

(۱) برای مقدار نفع و ضرر مضارب مکلف است تا سیستم شفاف حسابداری (Accounting) را بطور سافت و آرت ایجاد نماید.

(۲) مضارب مکلف است در خلال هرماه / دو ماه / ربع سال، رب المال را از صورت عدم ربح، مقدار ربح و مقدار ضرر در صورتیکه واقع شده باشد کتباً از طریق وسایل ارتباطی با خبر نماید.

(۳) مضارب مکلف است در صورت ضرر فقره فوق هرچه عاجل رب المال را از طریق وسایل ارتباطی کتباً باخبر سازد.

(۴) مضارب مکلف است در صورت فسخ در خلال مدت روز/ ماه صورت حساب مضاربت را تصفیه و حقوق جانب مقابل را پرداخت نماید.

(۵) مضارب مکلف است تا به معاملات مشروع شرعی در عقد مضاربت مبادرت ورزد و از هر نوع معاملات ربوی جداً امتناع نماید.

(۶) مضارب مکلف است در مضاربت به معاملات مبادرت ورزد که در آن توقع نفع بیشتر باشد.

(۷) مضارب در حفاظت رأس المال و مفاد ناشی از آن حیثیت امین را دارد، در حفاظت و نگهداشت رأس المال و مفاد ناشی از آن مکلف است تدابیر لازم اتخاذ نماید.

تصفیه:

ماده چهاردهم:

در صورت فسخ قرارداد و یا تکمیل مدت توافق شده مطابق ماده پنجم این قرارداد قرار ذیل تصفیه صورت میگیرد:

(۱) هیئت تصفیه اسناد و صورت حساب ها ناشی از این قرارداد را بررسی نموده یک راپور ترتیب و به سمع هردو طرف میرساند.

(۲) مضارب مکلف است تا تمام اسناد و صورت حساب های معاملات مضاربت ناشی از این قرارداد را بدسترس هیئت تصفیه قرار دهد.

(۳) رب المال حق دارد تا به نزد هیئت تصفیه مراجعه نموده و اسناد دست داشته خویش را برای وضاحت تقدیم نماید.

(۴) تصفیه باید در خلال مدت روز / ماه بطور کامل خاتمه یابد.

(۵) اسناد تصفیه در آرشیف حفظ میگردد.

(۶) طرفین میتوانند بالای گزارش هیئت تصفیه بعد از زمان تسلیمی رسمی در خلال مدت روز به مراجع مربوط اعتراض نمایند، بعد از ختم مدت متذکره اعتراض قابل سمع نمیباشد.

مصارف:

پانزدهم:

مصارف از قبیل سفر مضارب غرض مضاربت، معاش کارمند، و را مضارب میتواند از ربح مضاربت وضع نماید.

حالت فسخ قرارداد:

ماده شانزدهم:

این قرارداد طبق احوال ذیل فسخ می‌گردد:

(۱) در صورت درخواست هرکدام از طرفین بدون رضایت جانب مقابل.

(۲) در صورت عدم تطبیق تعهدات هردو طرف.

(۳) در صورت فوت، نقصان و یا فقدان اهلیت هریکی از طرفین.

(۴) در صورت هلاک شدن سرمایه.

تعدیل قرارداد:

ماده هفدهم:

(۱) در صورت توافق هردو طرف در متن این قرارداد تعدیل صورت گرفته می‌تواند.

(۲) تعدیل قرارداد به هیچ صورت از هدف و سبب مندرج مواد دوم و سوم این قرارداد عدول نموده نمی‌تواند،

در صورت تغییر هدف و سبب، توسط قرارداد دیگری تجدید صورت می‌گیرد.

نظارت از قرارداد:

ماده هژدهم:

نظارت از تطبیق این قرارداد توسط بورد شرعی و هیئت نظار بانک / شرکت صورت می‌گیرد.

رعایت احکام شریعت اسلامی و اسناد تقنینی:

ماده نهم:

بطور کلی رب المال و مضارب مکلف اند در این عقد مضاربت احکام شریعت اسلامی (فقه حنفی) و اسناد تقنینی اعم از قوانین، مقررات، اسناد اداری لوایح، طرزالعمل های که از جانب بانک مرکزی (د افغانستان بانک) منظور شده باشد و همچنان متحد المال های بانک مرکزی و تصامیم مورد شرعی این بانک / شرکت را رعایت و تطبیق نمایند.

جبران خساره:

ماده بیستم:

(۱) در صورت قصور مضارب مبنی بر سهل انگاری، غفلت و نقصان در رأس المال، ربح مستوجب جبران خساره دانسته میشود.

(۲) رب المال مکلف است در صورت ادعای جبران خساره و انکار مضارب، اثبات موارد فقره (۱) این ماده را توسط بینه (اسناد و شهود) قانونی بنزد مراجع ذیصلاح قانونی ثابت نماید.

حل و فصل اختلافات احتمالی:

ماده بیستم:

(۱) در صورت بروز هرگونه اختلاف درقبال مندرجات این قرارداد درحال و آینده بین طرفین درقدم نخست به متن این قرارداد ارجحیت داده میشود.

(۲) احکام این قرارداد بر اساس صراحت آن قابل اطلاق است.

(۳) در صورت اغماض متن قرارداد طرفین تلاش می نمایند تا اختلافات خویش را از طریق بحث و گفتگو فی مابین خویش حل و فصل نمایند.

(۴) هرگاه موضوع از طریق بحث و گفتگو بین طرفین حل و فصل نگردد، موضوع اختلاف توسط حکمیت تجارتي اتاق تجارت افغانستان و یا محکمه ذیصلاح محل قرارداد حل و فصل میگردد.

لسان قرارداد:

ماده بیست و یکم:

(۱) اصل لسان قرارداد پشتو/ دری / انگلیسی میباشد.

(۲) در صورت ضرورت نقل آن به لسان انگلیسی/ پشتو / دری نیز بوده میتواند.

(۳) ترجمه قرارداد از اصل لسان به لسان دومی در هیچ صورت مغایر بوده نمیتواند در صورت مغایرت به اصل لسان قرارداد مراجعه صورت میگردد.

تنفیذ قرارداد:

ماده بیست و دوم:

(۱) این قرارداد طی بیست و دو ماده ترتیب گردیده و بعد از امضای هر دو طرف (رب المال و مضارب) نافذ میگردد.

(۲) این قرارداد در ضمن دو نقل ترتیب یک نقل آن نزد مضارب حفظ و نقل دیگر آن به رب المال تسلیم میگردد.

محل امضای رب المال

محل امضای مضارب

نوت: این یک نمونه از متن و شکل قرارداد مضاربت میباشد طرفین میتوانند نسبت خصوصیات که توافق

دارند در متن مواد قرارداد تغییر، ایزاد و تعدیل بوجود آورند.

منابع و مصادر

- ۱- قرانکریم
- ۲- ابن ماجه محمد، **ابن ماجه كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة.**
- ۳- أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، **سنن البيهقي، كتاب القراض، باب المضاربة.**
- ۴- البخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم، **صحيح البخاری.**
- ۵- الترمذی، محمد بن عيسى أبو عيسى، **سنن ترمذی.**
- ۶- مسلم بن حجاج ابو الحسن القشیری النیشاپوری، **صحيح مسلم.**
- ۷- ابن عابدين، محمد بن عمر بن عبدالعزيز عابدين دمشقی، **حاشیه ابن عابدين شرح رد المحتار علی در المختار.**
- ۸- ابن قدامة عبدالله بن محمد، الجاعلی المقدسی، **المغنی.**
- ۹- ابن قدامة مقدسی، عبدالرحمن بن محمد، **الشرح الكبير.**
- ۱۰- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم. **الأشباه والنظائر،**
- ۱۱- أبو اسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، **المهذب.**
- ۱۲- ابی الازهری، صالح عبد السمیع، **جواهر الإكليل.**
- ۱۳- آبادی، حمید رضا غنی، **مديريت كل نظارت بر بانكها و مؤسسات اعتباری،** اداره مطالعات و مقررات بانکی، ص ۴۰ - سال ۱۳۸۵ هـ ش

- ١٤- بخارى، علاء الدين عبد العزيز بن احمد، كشف الإسرار على أصول البزدوي.
- ١٥- البهوتي، المنصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع.
- ١٦- التفتازاني، سعد الدين. التلويح على التوضيح.
- ١٧- جماعت از علماء الهند، برياست شيخ نظام الدين برنهاپوري به أمر السلطان أورنگ زيب ملقب به عالمگیر. الفتاوى الهندية.
- ١٨- جمعيت از علماء اسلامي، مجلة الأحكام العدلية
- ١٩- الحتاب الرعيني محمد بن عبدالرحمن المغربي، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل.
- ٢٠- الخضيرى محسن، البنوك الإسلامية.
- ٢١- الزحيلي وهبه، اصول الفقه الإسلامي.
- ٢٢- زيدان عبدالكريم، الوجيز في اصول الفقه.
- ٢٣- السرخسي شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل الخزرجي الأنصاري، المبسوط.
- ٢٤- السمناني على بن محمد بن أحمد الرحبي، روضة القضاء.
- ٢٥- شحاتة شوقى اسماعيل، البنوك الإسلامية.
- ٢٦- الشرييني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج.
- ٢٧- الكاسانى، علاءالدين ابى بكر بن سعود الكاسانى، بدايع الصنائع
- ٢٨- لسان العرب، قاموس المحيط.
- ٢٩- حماد نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء.
- ٣٠- الماوردى، ابوالحسن، الإنصاف
- ٣١- المغربى عبد الحميد عبدالفتاح، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامى.
- ٣٢- الموصلى، عبدالله بن محمود الموصلى، الاختيار لتعليل المختار
- ٣٣- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الحزمي، روضة الطالبين وعمدة المفتين.

۳۴- وزارت عدلیه افغانستان. قانون مدنی افغانستان سال (۱۳۵۵ هـ ش) - جریده رسمی شماره (۳۵۳) -

نویسنده: دکتور محمد ظریف علم "ستانکزی"

گرفته شده از کتاب: (تنویر الافکار در باب نكدارى اسلامى) مؤلف دکتور محمد ظریف علم "ستانکزی"